This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 950 017

.85

Bd Mar. 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6. 1920

Austria

Vorlesungen

über die

Praxis des Civilprocesses.

Von

Dr. Franz Klein.

Wien, 1900.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

Das Recht der Uebersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

OCT 6 1920

Druck von Adolf Holzhausen in Wien,
k. und k. Hof- und Universitäts-Buchdrucker.

Von mehreren Seiten aufgefordert, veröffentliche ich die Vorlesungen, die ich im Sommer d. J. an der Universität über die Anwendung der Civilproceßordnung gehalten habe. Ihre Absicht war, an der Beseitigung der Unsicherheiten mitzuhelfen, die noch zuweilen die erfolgreiche Handhabung des Gesetzes beirren, und durch Mittheilung der Zweifel und Lösungsversuche, die ich als aufmerksamer Beobachter der Rechtspflege da und dort wahrgenommen habe, die Thätigkeit der Einzelnen für Alle fruchtbar zu machen. Nur was nach der augenblicklichen Entwicklung für die Praxis erwähnenswerth schien oder zu kritischer Prüfung Anreiz bot, wurde besprochen und auch dies immer nur von dem bestimmten Gesichtspunkte, der nach vorhandenen Anzeichen einer Hervorhebung bedurfte, ohne jedes Streben nach Vollständigkeit. Des Zieles halber mußte auf ein inneres Ebenmaß der Behandlung verzichtet werden. Wie es das Bedürfniß ergab, war bald nur das Principielle darzulegen, bald nur Casuistisches vorzubringen und dann wieder Manches zu erörtern, das für Viele selbstverständlich sein mag. Die Casuistik aber mußte aus gleichen Rücksichten in einzelnen Partien auf die elementaren Grundlagen beschränkt bleiben, während in anderen Partien schon die letzten, spitzigsten Fragen der Rechtsanwendung berührt werden konnten. Ihrem Plane zufolge verzichteten endlich die Vorlesungen von

vorneherein auf die Erschließung neuer theoretischer Erkenntniß. Für die Gesammtheit ist vor Allem wichtig, daß die Proceßpraxis eine gesetzmäßige, gute ist. Darauf muß sich zunächst unser Bemühen richten, und dem wollten auch die Vorlesungen dienen. Inwiefern sie in ihrem Grundgedanken, zur social und wirthschaftlich zweckmäßigsten Anwendung der Proceßinstitute anzuleiten, den Proceß nicht als wissenschaftliches System, sondern sozusagen als eine Wohlfahrtseinrichtung begreiflich zu machen und auszubilden, Vorläufer haben, das mögen Andere beurtheilen.

Bei der Veröffentlichung wurde die ursprüngliche Gestalt der Vorlesungen so viel als möglich beibehalten. Nebst einigen Zusätzen und Ergänzungen, die seither bekannt gewordene Entscheidungen veranlaßten, wurden abschließend die Abschnitte über das Berufungsverfahren und den Recurs hinzugefügt, die in den Vorlesungen zu erledigen das Ende des Semesters hinderte. Reichlich in den Text eingestreute Paragraphencitirungen werden in Verbindung mit dem Register hoffentlich die Nachtheile des Mangels einer strengeren Systematik einigermaßen mildern.

Ich gebe dem Buche den Wunsch mit auf den Weg, die Proceßpraxis möge es je eher überholen. Sowie seine Anregungen, Rathschläge und Empfehlungen überflüssig geworden, ist sein und mein Zweck erreicht.

Ende November 1899.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

I. **Die bisherigen Ergebnisse des neuen Proceß- und Executionsverfahrens** 1

II. **Die Unmittelbarkeit** 31

1. Parteivorträge 32
2. Beweisaufnahme 36
3. Anticipirter Schluß der Verhandlung und deren Wiedereröffnung 42
4. Berufungsverfahren 44
5. Revisionsverfahren 48

III. **Die Proceßleitung** 57

1. Tagsatzungen und Fristen 58
2. Sachleitung 65
3. Unterbrechung des Verfahrens 71
4. Verbindung zur gemeinsamen Verhandlung 80
5. Trennung der Verhandlung 87

IV. **Das vorbereitende Verfahren** 98

1. Bedingungen der Einleitung 100
2. Einleitungsbeschluß 106
3. Durchführung des vorbereitenden Verfahrens 108
4. Vorbereitendes Verfahren wegen mittelbarer Beweisaufnahme 111

V. **Gerichtliche Vergleiche** 116

VI. **Die Mündlichkeit** 123

1. Mündliche Verhandlung 124
2. Vorbereitende Schriftsätze 128
3. Verschiedenheiten der mündlichen Verhandlung in Strafsachen 142
4. Vorträge der Parteienvertreter 143

Seite

VII. **Beweis und Bescheinigung** 146
1. Beweisbeschluß 148
2. Inhalt des Beweisbeschlusses 154
3. Beschlüsse zur Durchführung der Beweisaufnahme . . 158
4. Beweis durch Urkunden 162
5. Zeugen- und Sachverständigenbeweis 165
6. Bescheinigung 168

VIII. **Die Vernehmung der Parteien** 171
1. Subsidiarität 173
2. Parteivorträge und Parteivernehmung 175
3. Beweisaufnahme 176
4. Wer vernommen werden kann 182
5. Cohärenz der unbeeideten und beeideten Aussage . . . 183
6. Parteivernehmung in einem nichtigen Verfahren . . . 186
7. Richterliche Schadensfeststellung 189

IX. **Die Proceßentscheidung** 190
1. Klagencumulirung 191
2. Feststellungsklagen 192
3. Zwischenantrag auf Feststellung 198
4. Zwischenurtheil 209
5. Theilurtheil 211
6. Entscheidung in Säumnißfällen 219
7. Einige andere Fragen des Urtheils 222
8. Urtheilszustellung 224

X. **Das Berufungsverfahren** 226
1. Erhebung der Berufung 227
2. Vorverfahren 234
3. Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung . . 245
4. Mündliche Berufungsverhandlung 249
5. Berufungsentscheidung 257

XI. **Der Recurs** 272
1. Anfechtbare Beschlüsse 274
2. Aufgeschobener und bedingt devolutiver Recurs 278
3. Recursverfahren 284
4. Recursentscheidung 286

Paragraphenregister 293

I.

Die bisherigen Ergebnisse des neuen Proceß- und Executionsverfahrens.

Die Praxis eines Gesetzes, seine Anwendung in der Rechtsprechung läßt sich unter zweifachem Gesichtspunkte betrachten. Sie bildet eine neue Rechtsquelle, und das durch sie hervorgebrachte Recht pflegt man unter der Bezeichnung: Juristenrecht zusammenzufassen. Aber nur ein Theil der Rechtssätze, die sich durch die juristische Praxis bilden, bleibt reines Juristenrecht, zum anderen Theile rücken sie mit der Zeit in das Gebiet des Gewohnheitsrechtes ein; es gibt im Bereiche der Rechtsnormen so wenig einen Augenblick der Starre, der todten Ruhe, wie im gesammten übrigen organischen Leben. Unsere theoretischen Kategorien der Rechtsquellen sind trotz des hartnäckigen Kampfes, der um manche von ihnen in der Wissenschaft geführt wird, höchstens Denknothwendigkeiten, nichts, dem eine wirklich gleich schroffe Scheidung in der Realität entspricht. In der officiellen Scala nimmt das durch Gesetz begründete Recht den ersten Platz ein; es wird ihm das höchste Maß an Geltungskraft beigelegt. Im Gegensatze dazu strebt in Wahrheit alles Recht, und auch das Gesetzesrecht in gesundem Erhaltungstriebe darnach, in „gewohnheitlich erprobtes Recht" überzugehen, sich von den Autoritäten, die es geschaffen, unabhängig zu machen, indem es sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein festsetzt und mit Menschennatur und Menschenzweck verwächst. Nur dadurch hält es seine dauernde Geltung gesichert. So findet auch in den Staaten, die das demokratische Referendum und die Volksabstimmung über Gesetze nicht kennen, nach der Einführung eines Gesetzes — wenn man es so nennen will — eine Art Plebiscit der Praxis statt, die erst über die effective Geltung des Gesetzes endgiltig entscheidet,

diesem seine volle Kraft gibt und ihm dauernde Wirksamkeit sichert. Puchta sagt Aehnliches über die Gewohnheitsrechtsbildung gegenüber dem geschriebenen Verfassungsgesetze; aber es ist in weit allgemeinerem Sinne richtig. Dies Alles sehen wir jetzt vor unseren Augen geschehen. Darum ist es ein unschätzbarer Gewinn für die wissenschaftliche Erkenntniß und für die Kunst der Gesetzgebungspolitik, Zeuge, Theilnehmer an der Einführung neuer, umfassender Gesetze in das Rechtsleben zu sein und die geistige Bewegung, die sich dabei vollzieht, in ihrer ganzen Tiefe kennen zu lernen. Hier liegt noch viel ungehobenes Materiale für eine gründliche Revision der Lehre von den Rechtsquellen. Namentlich Materiale, um einmal den historisch-verfassungsrechtlichen Unterschieden, die in manchen Fragen dieser Lehre übermäßig betont werden, den wenig und nur äußerst langsam veränderlichen psychologischen und biologischen Factor der Rechtsgeltung gegenüberzustellen und auch diese Lehre einmal, statt vom Standpunkte des Rechtssystems, von dem des lebendigen Menschenthums anzusehen.

In dem Sinne die Praxis der neuen Proceßgesetze zu betrachten, daß wir die Rechtssätze und Rechtsregeln aufsuchen, welche die Rechtspflege auf Grund dieser Gesetze bisher schon hervorbrachte, dazu wäre es noch zu frühe. Noch konnte sich kaum in irgend einer belangreichen Beziehung ein fester gleichförmiger Gerichtsgebrauch bilden. Genug zunächst, daß wir sagen können: die Mißverständnisse und irrigen Anwendungen der Gesetze, die anfangs nirgends fehlten, sind je länger, je mehr verschwunden. Die gesetzlichen Vorschriften werden immer richtiger verstanden und gehandhabt. Hoffentlich unterläßt man es nicht, diesem Fortschreiten der Praxis durch Erneuern des Studiums der Gesetze nachzuhelfen. Sonst droht, daß, was im Jahre 1897 gelernt wurde, aber nicht durch die thatsächliche Anwendung geläufig erhalten wird, allmälig für das Rechtsleben überhaupt verloren geht. Das ist auch eine Consequenz des menschlichen Mediums der Rechtsgeltung, diese rechtsvernichtende Macht des Vergessens. Namentlich die hie und da mit so ungeheuchelter Befriedigung vorgebrachte Constatirung, daß man von den tausend Paragraphen der neuen Gesetze eigentlich in der

Praxis nur einige Dutzende brauche und damit ganz gut auskomme, erregt die Besorgniß, daß die Consolidirung der Kenntniß der neuen Gesetze bei Manchen im Wege des Zusammenschrumpfens, des Abstoßens alles dessen vor sich geht, was über den Tagesgebrauch hinausreicht. Jedes neue Studium der Gesetze wird fruchtbarer sein als das frühere: der durch die Praxis geschulte und geschärfte Blick wird immer mehr im Gesetze, immer mehr das Gesetz finden. Und auch die nicht in Jedem gleich starke Phantasie, deren geringere Regsamkeit das erste Erlernen von Gesetzen, die neue Formen schaffen, oft erschwert, wird nun immer vollständiger durch die Erfahrung ersetzt.

Kann man von kritisirbaren neuen Rechtsschöpfungen jetzt noch nicht sprechen, so interessirt die Methode der Praxis um so mehr. Namentlich nach zwei Seiten verdient sie jetzt schon unsere Aufmerksamkeit. Einmal insoferne, als sich in ihr bereits die ersten Ansätze zu gewissen Rechtsauffassungen, die Neigung, das Gesetz in diesem oder jenem Sinne zu verstehen und anzuwenden, die Keime zu künftigen Traditionen zeigen. Noch keine ausgesprochenen Fehler, aber die Versuchung zu Fehlern, noch kein Gewohnheitsrecht, aber Gewohnheiten. Und nicht minder verdient die Auslegungsthätigkeit der Praxis Beachtung, die Entscheidung aller im Gesetze nicht klar entschiedenen Complicationen. Sie hat gerade jetzt am Beginne der Geltung der neuen Gesetze die große Periode freiester und reichster Entfaltung. In ersterer Hinsicht ist es die unwillkürliche, meistens sogar unbewußte Uebereinstimmung, in der Interpretationscasuistik dagegen gerade die Uneinigkeit der Praxis, was zu denken gibt. Es sind zwei verschiedene Tendenzen. Auf der einen Seite eine Art Einschränkung, Abschleifung des Gesetzes: statt sich dem Gesetze, sucht man das Gesetz sich, der eigenen Natur und dem ihr Homogenen anzupassen und setzt — ganz unabsichtlich, wie erwähnt, unbewußt — außer Verkehr, was den zur Anwendung des Gesetzes Berufenen am Gesetze unbequem, ungewohnt und unnöthig formell scheint. Darin liegt auch der Grund, warum im Allgemeinen jedes Gesetz in dem Maße lebenskräftiger ist und in der Praxis sich unversehrter erhält, als es sich mehr auf die naturalia negotii beschränkt. Die

Auslegungsthätigkeit dagegen ist von der Tendenz der Erweiterung des Gesetzes, der Erschließung seines unausgesprochenen Inhaltes beherrscht, wobei sie oft den Zusammenhang mit dem Gesetze zu verlieren Gefahr läuft. Es sind daher beide Tendenzen trotz ihres Gegensatzes in gleicher Weise centrifugal, und es ist nach beiden Richtungen nothwendig, das Gesetz zur Geltung zu bringen. Denn dessen genaue und loyale Anwendung allein kann uns vor den Nachtheilen einer unsicheren, ziellos schwankenden und zerklüfteten Praxis schützen. Je früher aber erkannt wird, wo die Praxis, sei es somnambule, sei es mit Hilfe der Logik und Speculation vom rechten Wege abzuirren droht, desto besser. So lange noch Alles im Flusse ist, so lange noch mehr Versuche als abgeschlossene Resultate vorliegen, die dann sogleich als Vorurtheile zu wirken beginnen, ist die Einigung ebenso leicht wie die Umkehr.

Diesem Zwecke soll die Kritik der in der Praxis beobachteten Methoden und der Entscheidungen dienen, die nach dem Gesetze und dessen Zielen unrichtig sein dürften. Bis jetzt hat die Hypothesen- und Conjecturalkritik vorgeherrscht, mit der wir freigebig genug bedacht wurden. Mag es Andere freuen, ihre Kritik fortgesetzt an Vermuthungen und an erdachten Möglichkeiten zu entzünden, dem einmal geltenden Gesetze gegenüber gibt es wohl fruchtbarere Arbeit. Die Lösung aller möglichen Zukunftseventualitäten ist einstweilen nicht das brennendste. Viel wichtiger ist es, daß mit Ernst und Eifer daran gearbeitet wird, die Praxis stets bei dem, was sie eben zu leisten hat, in den richtigen Bahnen zu halten, daß mit anderen Worten die Kritik der factischen Entwicklung der Praxis Schritt für Schritt folgt. Nur auf diese Weise wird es gelingen, einen immer größeren Grundstock gesunder und tüchtiger Praxis zu schaffen, die dann durch diese Schulung auch zur Bewältigung der schwierigsten Aufgaben befähigt sein wird, sobald diese einmal wirklich an sie herantreten. Das heißt keineswegs dem „Cultus der seichten Routine“ das Wort reden. Alle großen Verwaltungsorganisationen — und dazu gehört in gewissem Sinne auch die Justiz — sind Korallenbildungen, Schöpfungen unabläßiger Einzelarbeit. Das Kalkskelett fortsetzen, ein niederer Lebenszweck zahlloser Individuen und doch für das

Werden der prächtigen Blumen und Zweige der Edelkoralle unerläßlich. Ueber die geschichtlich emporgewachsene Organisation — man denke z. B. an den Handel Englands — läßt sich blendend philosophiren; alle möglichen großen Gedanken leben darin und treten daraus hervor. Aufgebaut wurde er aber in zäher, beständiger, harter Kleinarbeit unzähliger Menschen, die werkkräftig anpackten, wo es zu fördern gab, nicht von kritischen Raisonneuren. Je skeptischer unsere Tage, je hoffnungsloser, müder so Viele über jeden Versuch lächeln, innerhalb der unaufhörlich vorgehaltenen entmuthigenden Gegensätze in Staat und Gesellschaft Positives, Neues, allgemein Nützliches zu schaffen, um so fester müssen wir uns den Glauben an die siegreiche Kraft der richtig zusammengefaßten und richtig geleiteten consequenten praktischen Einzelarbeit erhalten. Was man im Völkerleben als groß bewundert, ist nur durch sie geleistet worden: das ist auch in unserem nächsten Arbeitsgebiete zu beherzigen, wenn das Werk einst seine ersten Meister loben soll.

Wie immer man aber kritisiren mag, wäre es ein arges Unrecht, wenn man der Praxis der neuen Gesetze die rückhaltlose Anerkennung versagen wollte, die sie sich redlich verdient hat. Denn was zunächst die Proceßordnung anlangt, hat die Praxis nicht bloß erfüllt, sondern in manchen Beziehungen weit übertroffen, was man von ihr und vom Gesetze erwarten konnte. Mit Elan und großem Geschick haben Richter- und Anwaltsstand das Gesetz modern erfaßt und ausgeführt und damit das Gelingen des Reformwerkes entschieden. Ob es sich um eigentliche Streitfälle handelt oder um Rechtssachen, die ohne Proceß verlaufen, ist das Verfahren — wie es das Gesetz bezweckte — einfach, billig und rasch und auch den Unbemittelten zugänglich geworden. Die Praxis hat eine zum Theile ganz originelle Form der mündlichen Verhandlung geschaffen, die, wie keine andere, den Triebkräften des neuen Processes ihre Nützlichkeit zu bethätigen gestattet. Es ist nicht nöthig, Vergleiche mit den Proceßzuständen anderer Länder mit mündlichem Verfahren zu machen, um das Verdienst dieser That zu würdigen; sie spricht für sich selbst. Mit Hilfe der im Ganzen richtig erfaßten Proceßleitung hat die Praxis bald eine Unmittelbarkeit des Verfahrens herzustellen und eine Concentration

der Verhandlung zu erreichen gewußt, wie man sie bisher im Civilverfahren eigentlich kaum für möglich gehalten hat. Wir haben uns nun fast schon daran gewöhnt, daß die mündliche Verhandlung in Civilsachen ein ebenso einheitliches, vollständiges Bild des Streitfalles uns gewährt und in einem Fluß bis zur Urtheilsfällung und Verkündung abläuft, wie das im Strafverfahren herkömmlich ist: so sehr gewöhnt, daß wir das frühere Abbrechen der mündlichen Verhandlung, wenn es vorkommt, fürs Erste beinahe jedesmal wie ein Ausgleiten, wie einen halben Mißerfolg bedauern. Die einheitliche, concentrirte mündliche Verhandlung — wie sie im Gerichtshofsverfahren glücklicherweise zur Regel geworden ist und hoffentlich auch im bezirksgerichtlichen Verfahren immer mehr Regel werden wird — ist unschätzbar: das Recht spricht in keiner anderen Form eine so eindringliche, nachdrucksvolle Sprache, als wenn vor den Betheiligten und der weiten Oeffentlichkeit das Thatsächliche des Streitfalles anschaulich reproducirt und darauf hin ohne Unterbrechung sogleich festgestellt wird, wie dieses Verhältniß nach Gesetz und Recht zu beurtheilen ist. Das lebhaftere Vibriren des Rechtsgefühles, das durch solches knappes Aneinanderreihen von Streitfall und Rechtsspruch erzeugt wird, steigert auch die ins Allgemeine gehenden moralischen Wirkungen des Richterspruches; aber selbstverständlich nicht blos für die richtigen, zutreffenden Urtheile, sondern auch das fehlerhafte Urtheil muß nun mit einer viel stärkeren Resonanz rechnen. Daraus ergeben sich die Pflichten jener trefflichen Einrichtung, namentlich für den Richter von selbst. Die Häufigkeit, Regelmäßigkeit der einheitlichen Streitverhandlung darf uns nicht dafür stumpf machen, welches intensives Aufgebot an processualischen Mitteln sie zur Voraussetzung hat. Parteien, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, was an der Verhandlung mitzuwirken hat oder bei ihr benöthigt wird, muß zur selben Zeit zur Stelle sein, um ohne Verzug, wie die Reihe daran kommt, in den Gang der Verhandlung einzugreifen. Die österreichische Praxis hat in der kurzen Zeit die Mobilisirung der Proceßmittel — ohne sich dabei an andere Muster als den Strafproceß halten zu können — überraschend vervollkommt und damit einen Fortschritt in der Proceßtechnik

angebahnt, dem es gewiß nicht an Beachtung und Nachahmung fehlen wird. Dieser Erfolg wäre — wie gerne zugegeben wird — ohne das verständnißvolle Zusammenwirken von Gericht, Parteien und Anwaltstand nicht zu erreichen gewesen.

Das wüste Vertagungswesen hat so ziemlich überall aufgehört, die früher für den Rechtsgang typische Schwerfälligkeit ist gewichen, der Rechtsschutz vermag der Rechtsverletzung schnell zu folgen. Die Fälle, die zur Verhandlung und zum Urtheil kommen, gehören fast durchwegs ihrer Veranlassung nach der jüngsten Vergangenheit an. Von den 344 neuen Rechtssachen, die im Jahre 1898 von dem Wiener Oberlandesgerichte als Berufungsgericht erledigt wurden, hat das Verfahren beider Instanzen in 224 Fällen (65·1 Procent) unter sechs Monaten, in 113 Fällen unter einem Jahre gedauert. Nach den folgenden Tabellen ist das Verhältniß nahezu überall ein ähnliches.

A. Dauer des Verfahrens in erster und zweiter Instanz in bezirksgerichtlichen Rechtssachen.[1])

Oberlandesgerichtssprengel	während des Jahres 1898 erledigte Berufungsfälle	Dauer des Verfahrens in I. und II. Instanz				Dauer des Berufungsverfahrens			
		bis zu 6 Monaten	über 6 Monate bis 1 Jahr	über 1 bis 2 Jahre	mehr als 2 Jahre	bis zu 1 Monat	über 1 bis 3 Monate	über 3 bis 6 Monate	mehr als 6 Monate
Wien . .	862	734	126	2	.	449	395	16	2
Prag . .	1304	1092	203	8	1	748	526	30	.
Brünn . .	516	428	83	5	.	359	143	14	.
Graz . .	639	508	128	3	.	395	227	17	.
Innsbruck	228	192	34	2	.	162	63	3	.
Triest . .	337	248	86	3	.	194	136	7	.
Zara . .	302	193	106	3	.	160	133	9	.
Krakau .	880	564	291	21	4	223	567	86	4
Lemberg .	1817	1213	534	55	15	695	928	191	3

[1]) Die Rubriken: „Ueber 1 bis 2 Jahre" und „mehr als 2 Jahre" beziehen sich auf Processe, die am 1. Jänner 1898 bereits anhängig waren und in das neue Verfahren übergeleitet wurden.

B. Dauer des Verfahrens in erster und zweiter Instanz in Gerichtshofsprocessen.

Oberlandesgerichtssprengel	während des Jahres 1898 erledigte Berufungsfälle	Dauer des Verfahrens in I. und II. Instanz				Dauer des Berufungsverfahrens			
		bis zu 6 Monaten	über 6 Monate bis 1 Jahr	über 1 bis 2 Jahre	mehr als 2 Jahre	bis zu 1 Monat	über 1 bis 3 Monate	über 3 bis 6 Monate	mehr als 6 Monate
Wien	344	224	113	6	1	132	210	2	.
Prag	266	144	120	2	.	156	88	21	1
Brünn . . .	118	82	29	6	1	75	40	3	.
Graz	97	61	33	3	.	43	51	2	1
Innsbruck . .	56	36	18	2	.	28	25	3	.
Triest	72	48	20	2	2	62	10	.	.
Zara	27	23	4	.	.	12	15	.	.
Krakau . . .	144	69	63	11	1	63	71	10	.
Lemberg . . .	294	127	167	.	.	141	143	10	.

Aus drei Oberlandesgerichtssprengeln lagen jüngst vergleichende Ausweise über die Dauer des Verfahrens erster und zweiter Instanz in alten und neuen Rechtssachen vor, deren Ziffern die große Umwälzung, die da vor sich gegangen ist, grell kennzeichnen. Während in den alten Sachen die Zahlen mit der Dauer des Verfahrens progressiv steigen, weist die Ziffernreihe im neuen Verfahren die umgekehrte Richtung auf: die Colonnen, in welchen die Fälle kürzester Dauer eingetragen sind, zeigen die größten Zahlen, je länger die Dauer, desto rapider die Abnahme. Während z. B. von den im Jahre 1898 erledigten alten Sachen in dem einen Sprengel nur 7·3 Procent in der Zeit unter sechs Monaten in erster und zweiter Instanz durchgeführt wurden, stieg hier diese Ziffer bei den neuen Rechtssachen auf 70 Procent,

und ebenso machen in den beiden übrigen Sprengeln die binnen weniger als sechs Monaten in erster und zweiter Instanz erledigten neuen Rechtssachen 68·7 Procent gegen 3·4 Procent alter Sachen, bezw. 48·2 Procent gegen 1·9 Procent der Jahresleistung aus. Daß auch die Revisionsinstanz sich diesem allgemeinen Zuge nicht verschließt, läßt die folgende Zusammenstellung über die während des ersten Semesters 1899 vom obersten Gerichtshofe im neuen Verfahren entschiedenen Processe erkennen.

Oberlandesgerichts-sprengel	im ersten Halbjahre 1899 erledigte Revisionen	Dauer des Verfahrens in allen drei Instanzen			
		bis zu 6 Monaten	über 6 Monate bis zu 1 Jahre	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	mehr als 2 Jahre
Wien	251	34	167	48	2
Prag	406	49	284	69	4
Brünn	129	17	96	14	2
Graz	141	17	92	30	2
Innsbruck	75	21	47	6	1
Triest	103	14	73	13	3
Zara	62	4	30	28	.
Krakau	157	8	93	48	8
Lemberg	298	15	148	117	18

Wir sind, wie sich aus allem dem ergibt, um ein Wort Ibsen's zu gebrauchen, aus dem Grabgewölbe heraus; denn unsere frühere Civilrechtsprechung hatte, bis es zur eigentlichen Entscheidung kam, fast ausnahmslos Fälle vor sich, die für das praktische Leben schon lange abgestorben waren. In den Proceß ist Licht und frische Luft gekommen, helles Tageslicht. In diesem Lichte erkennt man nicht blos Wahrheit und Recht viel leichter, sondern es zeigt uns auch — was lange vergessen war — daß die Civilrechtspflege

Pflege actuellen wirthschaftlichen und socialen Lebens ist, daß sie nicht gelehrte Forschung, sondern angewandte Wissenschaft, wenn man das Wort im höheren Sinne nimmt, eine der Aufrechthaltung der gegebenen socialen und Wirthschaftsordnung dienende Verwaltungsthätigkeit ist. Zu deren Haupterfordernissen gehört aber die unbedingt sichere Gegenwartshilfe; man kann nie vernünftig und erfolgreich ex post verwalten. Wenn es daher wahr ist, daß jetzt der Proceß das Verwaltungsverfahren weit überflügelt hat, so folgt daraus nur, daß letzteres zu langsam, nicht, daß der Proceß zu schnell geworden ist. Zu große Schnelligkeit könnte nur dann ein Vorwurf sein, wenn die Schnelligkeit ein blos äußerlich blendender Erfolg auf Kosten der Gründlichkeit und Richtigkeit der Rechtsprechung wäre. So lange das nicht der Fall ist, kann überhaupt der Proceß niemals zu schnell sein. Die österreichische Praxis wird die Schnelligkeit nicht zum Schaden der Qualität des Urtheilsspruches pflegen dürfen, aber sie wird sich hoffentlich auch nicht den Stolz rauben lassen, mit der Herstellung eines wirklich raschen Proceßverfahrens die Rechtspflege gehoben und gewissermaßen eine ganz neue Seite des Civilprocesses aufgedeckt zu haben. Denn vom Civilprocesse, der sich seit Menschengedenken endlos hinschleppt, hat man einen derart beschleunigten Schritt am wenigsten vermuthet. Nun mag dieser Erfolg der Civilproceßpraxis als Ansporn nicht allein für die übrigen Zweige der gerichtlichen Thätigkeit, sondern vielleicht auch für das Verwaltungsverfahren wirken, in dessen Bereiche vor Allem die industriellen Kreise seit geraumer Zeit mit überzeugenden Gründen für die Nothwendigkeit rascherer Erledigungen plaidiren.

Durch das unmittelbare Nebeneinander von Leben und Proceß, das nun erzielt ist, wird auch das gegenseitige Verhältniß von Proceß und materiellem Rechte ein richtigeres. Indem das Verfahren selbst die Blicke der Betheiligten immer wieder auf die Lebensverhältnisse hinlenkt, aus denen der Streit entstanden ist und die durch das Urtheil ihre Ordnung empfangen sollen, wird die dienende Function des Processes klar und wach

erhalten. Das ist aber nothwendig, um die früher übliche Ueberschätzung des Processes, die ihn schließlich ungescheut zum Selbstzweck erhoben hat, für alle Zukunft zu bannen. Es wird ferner dadurch ein entsprechender Maßstab für die Behandlung aller Einzelheiten des Verfahrens (z. B. Zwischenstreitigkeiten, einstweilige Verfügungen u. s. w.) gewonnen und insbesondere verhütet, daß sich ein Proceßvirtuosenthum ausbildet, das mit materiell-rechtlichem Dilettantismus auskommen zu können glaubt und uns schlechte Urtheile in schöner Form bieten würde. Der Proceß ist ein Mittel zur Feststellung des materiellen Rechtes und muß es bleiben. Die Kenntniß des materiellen Rechtes und seine richtige Anwendung steht in erster Linie, sonst fehlt dem Processe die sociale Rechtfertigung; er wird zu einer leergehenden klappernden Mühle. Diese Erkenntniß der praktischen Zwecke der Rechtsprechung mit allen ihren Consequenzen für die Methodik des Civilprocesses und für den Geist, in dem der Richterberuf und die Parteienvertretung geübt wird, macht Fortschritte. Nicht zumindest dank der häufigen und bereitwilligen persönlichen Theilnahme der Parteien an der Verhandlung, die man als eine der werthvollsten Errungenschaften unserer jungen Praxis begrüßen muß. Denn durch die persönliche Betheiligung der Parteien kommt einerseits Farbe, Athem und Rhythmus des wirklichen Lebens in die Verhandlung, diese wird verhindert, von der Auffassung und dem Zwecke des geschäftlichen Verkehres abzuirren, während auf der anderen Seite die Betheiligung der Partei im Zusammenhange mit den Proceßleitungsbefugnissen des Richters die Proceßführung erleichtert, die Richter und Parteienvertreter zur intensivsten Erfassung ihrer Aufgabe aneifert und hoffentlich auch von wohlthätigem erzieherischen Einflusse auf den Rechtssinn der Bevölkerung ist.

Die Oeffentlichkeit des Verfahrens hat ihre Wirkung gethan, wovon diejenigen Gerichte am meisten zu erzählen wissen, die häufiger über Einwendungen gegen Wechselzahlungsaufträge zu entscheiden haben. Aber auch jenseits dieses Specialgebietes haben sich durch die Oeffentlichkeit und die richterliche Proceß-

leitung die Proceßsitten erfreulich gebessert. Bei einem Gerichte in den Alpen mit einer sehr streitliebenden Bevölkerung nimmt — um ein charakteristisches Beispiel zu geben — die Zahl der Streitsachen seit dem vorigen Jahre beträchtlich ab. Die Bevölkerung „war gewohnt, sich durch den Proceß längere Zeit in Aufregung zu halten, auf Chicanen zu sinnen. Das ist nun vorbei. Die Sache ist, kaum begonnen, schon wieder zu Ende, und der Richter duldet nicht, daß die Leute vor Gericht ihrer gegenseitigen Erbitterung freien Lauf lassen". Und nicht minder beachtenswerth ist, daß die Entschädigung wegen muthwilliger Proceßführung (§ 408 C. P. O.) allmälig Wurzel zu fassen beginnt und man darin heute schon eine praktische und zweckentsprechende Sühne erblickt.

Die Proceßleitung könnte manchmal — hauptsächlich im einzelrichterlichen Verfahren — zielbewußter und kraftvoller sein. Aber hievon abgesehen, wird sie mit Erfolg und durchwegs mit richtigem Takte gehandhabt und hat sich — wie eben erwähnt — als eine außerordentlich erfolgreiche Waffe gegen die Proceßchicane bestens bewährt. Daß insbesondere die sogenannte materielle Proceßleitung, die als eine Art Inquisition verschrieen wurde, oder das Streben nach Wahrheit zu Collisionen mit dem Parteiinteresse geführt hat, wie man sie besorgte, davon war bisher selten zu hören. Wohl aber sind zahlreiche Beweise für den oft verblüffenden Effect eines schlagfertigen Gebrauches der materiellen Proceßleitungsbefugnisse bekannt geworden.

Unter den neuen Formen hat auch — soweit sich dies schon übersehen läßt — die meritorische Entscheidung nicht gelitten; wenigstens ist die Zahl der Urtheilsabänderungen durch die Rechtsmittelinstanzen nirgends ersichtlich gewachsen. Klagen Einzelner, die ein ihnen nicht richtig scheinendes Urtheil erhalten haben, fehlen nie und nirgends. Man erinnere sich z. B. an die literarische Bewegung, die im Deutschen Reiche vor einiger Zeit durch solche Beschwerden über die Strafjustiz veranlaßt wurde. Aber auf solche einzelne Klagen, deren Berechtigung überaus schwer zu controliren ist, kann man gewissenhafter Weise doch

kein generelles Urtheil über die Qualität der Rechtsprechung gründen, dazu müssen die Ergebnisse des Rechtsmittelverfahrens für einen längeren Zeitraum abgewartet werden; wir haben auch staatsrechtlich keinen anderen Prüfstein für die Richtigkeit des Urtheils als eben die Rechtsmittelentscheidung. Das Berufungsverfahren selbst ist — wie die oben mitgetheilten Tabellen zeigen — kurz, und es gibt allem Anscheine nach weder hinsichtlich der Gründlichkeit, noch hinsichtlich seiner kritischen Leistungskraft zur Unzufriedenheit Anlaß. Der Streit um die Neuerungen ist bis nun im Wesentlichen ein theoretischer geblieben: vorzugsweise wohl deshalb, weil die in erster Instanz in Gegenwart der Parteien gut durchgeführte mündliche Verhandlung den Streitfall nach allen Seiten so vollständig durchleuchtet, daß nur selten sich ein wirkliches Bedürfniß nach neuem Vorbringen im Berufungsverfahren ergibt.

Dies Alles betrifft nur die unmittelbare, schlichte Anwendung des Gesetzes. Weit mehr und noch rühmenswerther ist es aber, daß die Praxis heute schon das Gesetz schöpferisch zu verwerthen beginnt, um Schäden des wirthschaftlichen und socialen Lebens so gut beizukommen, als es ohne Hilfe der Gesetzgebung eben geschehen kann. Es sei nur an die beiden vortrefflichen Anregungen in Sachen der Ratengeschäfte und der Alimentationsansprüche der unehelichen Mutter erinnert, die wir vor Kurzem in unseren Fachblättern gelesen haben. Hier liegt noch ein weites Arbeitsfeld für die nicht dogmatisch, sondern praktisch constructive Jurisprudenz. Mit dieser — wenn der Ausdruck erlaubt ist — inneren Colonisation bis heute brach liegender und uncultivirter Partien des Rechtslebens würde sie sich einer ebenso schönen, als volksfreundlichen Aufgabe widmen und vielleicht auch dazu beitragen können, daß man sich es abgewöhnt, immer gleich nach der Gesetzgebung zu rufen, statt zuerst zu versuchen, mit eigener Kraft im Rahmen der gegebenen Normen den erwünschten Zustand herbeizuführen.

Nicht überall ist Alles im gleichen Grade gut, aber selbst bei minder befriedigender Ausführung sind die Vortheile des

neuen Processes für die Bevölkerung nirgends ganz verborgen geblieben. Es wäre nur zu wünschen, daß sich die Erkenntniß der eingetretenen Verbesserung des Rechtsschutzes unter dem nichtjuristischen Publicum mehr und schneller verbreiten würde als bisher, da damit unserem Streben nach möglichster Vervollkommnung des staatlichen Rechtsschutzes unzählige neue Bundesgenossen erstehen würden. Im Gegensatze zu den Annahmen und Voraussagungen, die vor Einführung der neuen Gesetze verbreitet waren, wird nach den bisherigen Erfahrungen gesagt werden können, daß vor Allem der Gewerbe- und Kaufmannsstand keine Ursache haben, dem neuen Verfahren gram zu sein. Durch etliche Bestimmungen der Jurisdictionsnorm wurden leider Aenderungen in den Geschäftsusancen nothwendig, aber durch die sonstige weitgehende Erleichterung der Rechtsverfolgung, die gerade für den Geschäftsverkehr auch extensiv von großer Bedeutung ist, dürfte dies mehr als ausgeglichen sein. Die Veränderung in der Competenz der Handelsgerichte aber dürfte sich überhaupt nicht praktisch fühlbar gemacht haben. Denn im Tempo des Processes ist heute zwischen der allgemeinen und der Causalgerichtsbarkeit kein Unterschied, und betreffs des Meritums der Urtheile sind noch keine Symptome hervorgetreten, aus denen sich schließen ließe, daß die Entziehung des fachmännischen Senatsmitgliedes in Handelssachen, die von der Handelsgerichtsbarkeit ausgenommen sind, die Richtigkeit und Sachgemäßheit der Urtheile durchschnittlich gemindert hätte. Diese Vermuthung ist vor Kurzem durch das Votum des Gremiums der Wiener Kaufmannschaft bestätigt worden, in dem als Ergebniß der bisherigen Wirksamkeit der Civilproceßordnung der Ueberzeugung Ausdruck gegeben wird, daß die Judicatur der Gerichte nunmehr „in eine Bahn gelenkt sei, die eine mit dem raschlebigen Verkehre der Gegenwart schritthaltende, Chicane und Winkelzüge ausschließende und durch den unmittelbaren Verkehr des Richters mit den rechtsuchenden Parteien gründliche Rechtsprechung sichert". Und damit übereinstimmend, erwähnt der letzte Jahresbericht der Wiener Handels- und Gewerbekammer, es könne nach den Erfahrungen,

die man im Jahre 1898 mit der neuen Proceßordnung gemacht hat, „mit Genugthuung constatirt werden, daß das große Werk als gelungen zu betrachten ist".[1]) Zugegeben, daß — wie einmal bemerkt wurde — das neue Verfahren die Schiedsgerichte noch wenig zurückgedrängt hat, so wird man dies demnach kaum so verstehen dürfen, als ob damit die öffentliche Meinung über den neuen Proceß ihr abfälliges Verdict spreche. Alle früher in Verträge aufgenommenen Compromißclauseln verschließen den Contrahenten heute und künftig die Wahl des ordentlichen Rechtsweges. Man muß ferner überlegen, bis zu welchem Grade bei uns das Vertrauen in die Schiedsgerichte zum Vorurtheile, zur fixen Idee geworden ist. Die Kenntniß der Vortheile des neuen Verfahrens kann — wie bemerkt — naturgemäß nur nach und nach in die geschäftlichen Kreise eindringen. Aus allen diesen Gründen kann hier das erste Jahr unmöglich als Probejahr angesehen werden. Wir wollen abwarten, ob sich das Schiedsgerichtswesen noch weiter ausdehnt; eine Reihe von Erscheinungen läßt das schon heute bezweifeln. Es ist vielleicht auch in dieser Beziehung nicht uninteressant, daß, als vor einiger Zeit eine Umfrage wegen Ausdehnung der Competenz der Gemeindevermittlungsämter — ein alter Wunsch einzelner Länder — stattfand, von mehreren Landesausschüssen rundweg gesagt wurde, daß angesichts des neuen Processes, der der Landbevölkerung die Rechtsverfolgung so sehr erleichtere, ein Bedürfniß nach Wiederbelebung oder Stärkung jener Gemeindevermittlungsämter nicht mehr besteht. Und in den letzten Monaten hat gleichfalls mit Rücksicht auf die neue Civilproceßordnung die Gemeindevertretung von Wien beschlossen, von der Errichtung von Gemeindevermittlungsämtern in Wien abzusehen. Kurz, der düstere Gedanke, mit dem ein seither verstorbener hervorragender Jurist uns wiederholt während der gesetzgeberischen Arbeiten entmuthigte, das Wort: wir in Oesterreich seien zu schwach, ein Werk wie die Civilproceß-

[1]) Bericht der n.-ö. Handels- und Gewerbekammer für das Jahr 1898, S. 532.

reform durchzuführen, ist zum Glücke kein Wahrwort geworden. Wir haben es durchgeführt, und ein verheißungsvoller Anfang belebt und stärkt die Hoffnungen Aller, die auch ferner ernst und unermüdet für die Festigung und Entwicklung der neuen Einrichtungen arbeiten wollen. Freilich, von selbst geht es nicht; sich mit dem Erreichten zufrieden geben und die Hände im Schooße sich freuen, das wäre die Vernichtung aller guten Ansätze. Denn wenngleich ein guter, tüchtiger, froher Anfang gemacht ist, es ist noch lange nicht Alles gut. Das Schicksal jenes Wortes enthält aber zugleich eine tiefere Wahrheit. Das Mißtrauen in unser Können und in unsere Kraft reicht viel weiter. Die Muthlosigkeit muß groß sein — wird man sagen dürfen — wenn wir uns nicht einmal die Civilproceßreform zutrauten. Könnte man nicht aus diesem Beispiele vielleicht die Folgerung ziehen, daß auch wir in vielen Fällen nur stark zu wollen und beharrlich, energisch und zielbewußt zu arbeiten brauchten, um zu erreichen, was wir uns für ewig versagt meinen? Wenn das Werk der Civilproceßreform in dem Sinne ein Paradigma würde, so möchte dies nicht einmal allzu ferne den letzten Absichten liegen, aus denen es unternommen und ausgeführt wurde.

Die Praxis der Executionsordnung steht bei den meisten Gerichten noch hinter der des Processes zurück, aber an bemerkenswerthen Fortschritten ist auch im Executionsverfahren kein Mangel. Man lernt fortwährend aus der Anwendung des Gesetzes, wird immer mehr mit den neuen Principien, Mitteln und Zielen des Executionsverfahrens vertraut und diesen Zielen gerecht, man wendet sich von der früheren Uebung ab und sucht den Executionsvollzug nach richtigen wirthschaftlichen Grundsätzen zu gestalten. So wenig sich die Praxis der Executionsordnung trotz alledem noch allgemein Lob zu verdienen vermochte, muß der Wahrheit Ehre gegeben werden: es ist im Laufe des vorigen und heurigen Jahres zur Beseitigung der mißlichen Zustände, die man früher als untrennbaren Bestandtheil, insbesondere der Mobilarexecution anzusehen pflegte, an sehr vielen Orten immerhin schon ein tüchtiges Stück Arbeit geleistet worden. Um hier gerecht zu urtheilen, muß man sowohl die Macht der tief eingewurzelten

früheren Tradition, wie das eigenthümliche Wesen der Execution berücksichtigen, ihren zuwidern Zweck und die bis ins Kleinste gehenden Interessencollisionen, die hier auf Schritt und Tritt nicht blos Schwierigkeiten schaffen, sondern auch die Geister noch ganz anders einnehmen und befangen machen, als im Processe. Darunter leidet Gesetzgebung und Praxis; beide stehen in dieser Materie vor Problemen, die selten eine allseits befriedigende Lösung gestatten. Wann ist eine Executionsordnung überhaupt gut? Mit einigen allgemeinen Redewendungen läßt sich allerdings darauf schön antworten, aber wie bald verflüchtigt sich das Alles, wenn man an die positiven Normen geht! Und ebenso das einzelne Executionsverfahren. Ob es gut oder schlecht ist, der Gläubiger urtheilt anders als der Schuldner, und selbst wo einmal Gläubiger und Schuldner einer Meinung sind — z. B. der Schuldner hat sich mit harten Opfern eine Aufschiebung des Vollzuges erkauft, er und der Gläubiger halten infolge dessen die beliebig lange Aufschiebbarkeit jeder Execution für das Richtige — da urtheilt wieder die Gesammtheit, das öffentliche, staatliche Interesse anders als sie und verwirft diese individualistische Auffassung. Es klingt nur paradox: das Executionsrecht wird immer nur befriedigen, wenn es schlechthin einseitig ist, die unbedingte, rascheste Befriedigung des Gläubigers mit Hintansetzung aller volkswirthschaftlichen Forderungen verfolgt; da werden wenigstens alle Gläubiger damit zufrieden sein. Sowie dieser einseitige Standpunkt verlassen wird, hat das Executionsrecht beide Theile gegen sich: den Schuldner, der secundum naturam sui generis gegen den Leistungszwang in jeder Art ist und daher auch den eingeschränkten Leistungszwang für viel zu scharf und hart findet, und nun auch den Gläubiger, der so ziemlich in jeder der zu Gunsten des Verpflichteten aufgestellten Hemmungen und Verbote eine Gefährdung, Beeinträchtigung oder directe Verletzung seiner Interessen sieht. Das Executionsrecht der Gerichtsordnungen war von weitestgetriebener privatrechtlicher Einseitigkeit, in formeller und materieller Hinsicht. Damit allein schon, daß auf diese für den Gläubiger privilegirte Grundlage nun verzichtet werden mußte, kann man sich die Mißstimmung erklären,

mit der die neue Executionsordnung überall aufgenommen wurde, wo mit Creditgewährung gearbeitet oder Leihcapital vergeben oder verwaltet wird. Dazu kommt: Was der Schuldner durch die zu seinen Gunsten erlassene Prohibitivnorm für Nutzen hat, wie sie seine Wirthschaft schützt und stützt, das läßt sich nicht immer in Ziffern berechnen; wenn überhaupt, kommt es nur nach langer Zeit in gewissen allgemeinen Symptomen der ökonomischen Entwicklung zum Ausdruck. Die Differenz zwischen dem, was der Gläubiger erhalten würde, wenn er ungehindert seine Befriedigung verfolgen dürfte, und dem, womit er sich begnügen muß, weil das Gesetz ihm zum Schutze des Verpflichteten vor voller Befriedigung Halt gebietet, diese Differenz ist aber sehr leicht in Gulden und Kreuzern nachzuweisen. Bedenkt man, daß die Schutzvorschriften der Executionsordnung zweifellos bisweilen auch eingreifen, wo sie concret wirthschaftlich und moralisch nicht gerechtfertigt sind, oder daß sie im einzelnen Falle geradezu mißbraucht werden, so ist das Parallelogramm schon fertig: Verlust positiver Vorrechte auf der einen Seite ohne sichtbare oder mit fraglichen Vortheilen für die andere Seite, die abfällige Kritik ist dann leicht erklärt.

Der Gedanke, daß ein gewisser Schutz für den Schuldner auch im Executionsstadium nothwendig sei, ist ja nicht schlechthin neu. Nur trägt er im älteren Rechte mehr ein moralisches Gepräge, erscheint als Ausfluß barmherziger, mildthätiger Schonung der Person des Schuldners, bisweilen wird geradezu gefordert, daß letzterer dieser Rücksicht würdig sein muß. Das Schutzbedürfniß des Schuldners war auch theilweise durch den langsamen, schleppenden Gang der deutschrechtlichen Execution sowie der Execution in den meisten österreichischen Ländern abgeschwächt. Die Continuität dieses Gedankens reicht aber nicht bis zu uns herauf; sein Einfluß hat eine Unterbrechung erfahren, das beweisen unsere Gerichtsordnungen am besten. Sowohl die Wiederbelebung der Schutzforderung, wie ihre Ableitung aus nationalökonomischen und socialpolitischen Gesichtspunkten gehören der allerneuesten Zeit an. Noch vor wenigen Jahren hielt sich Adolf Wagner zu dem Vorwurfe berechtigt, daß die rein privatrechtliche Anschauung unserer Gesetzgebung und Juristen die große socialpolitische Be-

deutung des Executionsrechtes übersehe oder sich dagegen oft noch ablehnend verhalte. Wir stehen also hier einer noch jungen, vielfach erst um Anerkennung werbenden Bewegung gegenüber; die Ansichten „über die Begrenzung des Gebietes der staatlichen Interessen, deren Schutz einen Eingriff in das Recht des Gläubigers rechtfertigt", sind noch nicht geklärt. Es ist eine Bewegung, deren Ausgangs- und Zielpunkte theoretisch schwer anfechtbar und bei der heute herrschenden Geistesrichtung nicht Wenigen ungemein sympathisch sind, die aber noch nicht über ein hinreichendes Inventar erprobter Mittel verfügt. Daß hier noch sichere Resultate mangeln, noch viel wird gearbeitet werden müssen, geben auch die wärmsten Anhänger dieser Bewegung zu; die richtigen Institutionen zur Durchführung des Gedankens eines Schuldnerschutzes sind aber unter den gegenwärtigen so complicirten und auch deshalb so empfindlichen wirthschaftlichen Verhältnissen doppelt schwer zu finden. Ein — man möchte sagen — instinctiver Reflex dieses Gährungszustandes ist die lebhafte Sorge Aller, die in irgend einer Form Credit geben, vor gesetzlichen Neuerungen, die sich das Interesse des Schuldners im Executionsstadium zu wahren, zur Aufgabe setzen. Der Credit gehorcht damit nur seinem innersten Wesen, aber welche Gesetzgebung wird sich deshalb der mächtigsten Idee der Zeit entziehen können?

Diese Bemerkungen wollen nur ganz flüchtig die Erklärung für die unfreundlichen, widerstrebenden Gesinnungen andeuten, auf die jedes Executionsrecht, das socialpolitisch sein will, unter den gegebenen Umständen rechnen mußte. Daneben kommt noch Eines in Betracht, das, außerhalb der Sphäre der Socialpolitik gelegen, auf das öffentliche Urtheil über ein neues Executionsrecht gleichfalls von Einfluß ist. Jedes Executionsrecht ist sozusagen mit einem Principfehler behaftet. Den Schwerpunkt eines Executionsrechtes, dasjenige, was für seinen justiz-, wirthschafts- und gesellschaftspolitischen Charakter ausschlaggebend ist, bilden nicht die Vorschriften über die Einleitung der Execution, sondern die über die Realisirung der Executionsobjecte im weiteren Sinne. Das ist wenigstens die gang und gäbe Auffassung; ob sie richtig ist, darüber später noch ein Wort. Diese Realisirung

soll so geschehen, daß sie wirthschaftlich vortheilhaft ist und die Interessen aller Betheiligten (Gläubiger, Verpflichteter, dritte Gläubiger) dabei möglichst gewahrt werden. Das tägliche geschäftliche Leben lehrt uns nun nachdrücklichst die Nothwendigkeit individueller Behandlung jedes Veräußerungsgeschäftes, das jenseits der Grenzen des regelmäßigen Massenverkaufes liegt und für das nicht feste Usancen bestehen. In Executionssachen ist aber jede Veräußerung schon deshalb ein individuelles Geschäft, weil stets mehrere Dispositionsberechtigte und Interessirte da sind. Um unter solchen erschwerten Bedingungen die Realisirung vortheilhaft zu gestalten, bedürfte es oft ganz besonderer Combinationen. Die Conception des Geschäftsplanes müßte sich freiest bewegen können, um allen nur hier gegebenen Nothwendigkeiten zu genügen, trotz ihnen das Geschäft gewinnbringend abzuschließen. Darin, daß das Executionsrecht Vorgänge, die nach individuellster Behandlung verlangen, generell regelt und damit bei aller Vorsicht und Verclausulirung hindert, den wirthschaftlichen Anforderungen des einzelnen Falles voll zu entsprechen, darin liegt der principielle Widerspruch. Je feinfühliger und je mehr unterrichtet und hellsehend in wirthschaftlichen Dingen eine Zeit ist, um so stärker empfindet sie diesen Grundfehler jedes positiven Executionsrechtes, der naturgemäß bei der Zwangsversteigerung von Immobilien mit ihrem immer wieder anders gearteten Lastenstande am grellsten und unangenehmsten hervortritt. Nach dem früheren Rechte wurde die Versteigerung schablonenhaft durchgeführt, aber die bleierne Gewohnheit hat die Kritik erstickt, Alle haben sich wie in etwas Unvermeidliches gefügt. Die neue Executionsordnung gibt — in Erkenntniß des eben Gesagten —' zwei Wege: die Schablone und die Gelegenheit zur Individualisirung. Letztere allerdings mit Schranken, so daß das Niveau eines freien Verkaufes kaum ganz zu erreichen sein wird; aber eine gewisse Möglichkeit, die Veräußerung so vortheilhaft einzurichten, als es die Verhältnisse gestatten, ist eröffnet. An diesen Schranken wird das moderne Urtheil stets Anstoß nehmen, selbstverständlich umsomehr an der schablonenhaften Realisirung, die leider bisher noch fast ausnahmslos herrscht.

Ob der sozialpolitische Gedanke in unserer Executionsordnung richtig durchgeführt ist, das kann nur die Erfahrung lehren. Das Risico einiger mißglückter Executionen, an denen sich die Unrichtigkeit der einen oder anderen Norm unzweideutig zeigt, kann nicht erspart werden. Die Bestrebungen, die sich in der fehlerhaften Norm Geltung verschafft haben, lassen sich nicht durch dialektische Widerlegungen überwinden. Darüber, was richtig und zweckmäßig, wogt in den meisten Punkten, gegen die sich die Kritik wendet, ein bis jetzt unentschiedener Kampf der Ansichten; es sind zum großen Theile geradezu Parteigegensätze. Hier können nur die Thatsachen der Executionspraxis das entscheidende Wort sprechen. Dazu war aber bis jetzt die Zeit zu kurz. Einstweilen ist noch die Neuheit das Vorherrschende; man muß wenigstens so viel Zeit gönnen, bis die nothwendige Verbindung mit den übrigen wirthschaftlichen Verhältnissen hergestellt ist, mit denen das Executionsrecht in Berührung steht und die sich dem Neuen gerade so anpassen werden, wie sie sich dem alten Executionsrechte angepaßt haben. Nur das ist hervorzuheben: Man übertreibt wohl, wenn man der Executionsordnung Classenpolitik oder doch besondere Begünstigung der Interessen bestimmter Berufsstände zuschreibt. Daß sie z. B. städtischen und ländlichen Immobilarbesitz gleich behandelt — was allerdings von einigen Seiten wieder als Fehler erklärt wird — documentirt doch aufs Deutlichste, daß nicht die wirthschaftlichen Zwecke des Vermögenssubjectes, nicht die Art des wirthschaftlichen Betriebes, sondern blos die Art des Executionsobjectes für die Executionsordnung maßgebend war. Nach demselben Principe aber konnte dem Verpflichteten, dessen Vermögen in beweglichen körperlichen Sachen besteht, nicht die gleiche Stellung wie dem Grundbesitzer eingeräumt werden. Eben der Charakter des Executionsobjectes, die Consumtibilität, die Abnützbarkeit, die Entwerthung durch Verderb oder Gebrauch, der leichte Besitzwechsel zwingen hier zur baldigen Entscheidung. Die Dinge haben ja schließlich auch eine praktische Seite, auf die man sehen muß. Hält man übrigens den Kleingewerbestand und die unteren bürgerlichen Schichten der städtischen Bevölkerung für verkürzt, so ist das richtigste Mittel

dagegen wohl nicht die Klage über die „Begünstigung der agrarischen Interessen", sondern die Forderung, recht bald nun auch dem schutzbedürftigen Mobilarbesitze nach Maßgabe der Besonderheiten der hiebei in Frage kommenden Executionsobjecte durch ergänzende Bestimmungen des Executionsrechtes zu helfen. Das ist kein unmögliches Verlangen: es ist hier schon die Novelle zur deutschen Civilproceßordnung über unsere Executionsordnung hinausgegangen. Namentlich indem sie den Katalog der unpfändbaren Ansprüche erheblich bereicherte und neben den unpfändbaren Sachen auch die Unpfändbarkeit der Geldbeträge statuirte, die zur Beschaffung der Nahrungs-, Feuerungs- und Beleuchtungsmittel auf vier Wochen oder zur Beschaffung von zweiwöchentlichen Futter- und Streuvorräthen für unpfändbares Vieh erforderlich sind. Das Verbot der Pfändung von Hausrath, dessen Veräußerung vermuthlich nur einen außer Verhältniß zum Werthe stehenden Erlös ergibt, dürfte durch die viel allgemeinere Bestimmung des §. 277 der österr. Executionsordnung ersetzt sein. So besonders rückständig nimmt sich unsere Executionsordnung auch in diesem Vergleiche nicht aus. Wohl aber könnten den nordamerikanischen exemption laws und in einigen Punkten vielleicht noch dem französischen Rechte (Art. 592 c. de proc. civ.) nachahmenswerthe Vorbilder entnommen werden.

In solcher, aus so vielen verschiedenen Ursachen feindlichen Atmosphäre ein neues schwieriges Gesetz durchzuführen, wie die Executionsordnung, ist keine Kleinigkeit. Wie beneidenswerth dagegen die Aufgabe des Proceßrichters, der vom Strome und der Gunst der öffentlichen Sympathie getragen wird! Und auch sein Werk spricht für ihn, während der Executionsrichter überaus selten die Früchte seiner Arbeit sieht. Um so höher ist anzuschlagen, was — namentlich in einzelnen großen Städten — im Executionsverfahren zustandegebracht wurde. Der Executionsvollzug ist fast überall erheblich rascher geworden, und es wird von tüchtigen Kennern der Verhältnisse unter den Executionsrichtern behauptet, daß dies namentlich bei der Mobilarexecution beiden Theilen zugute kommt, wenngleich es in erster Linie deshalb zu begrüßen ist, weil damit dem langsamen Verbluten des Verpflichteten ein

Ende bereitet wird. Ueber diesen Punkt herrscht bekanntlich Streit. Der Officialgrundsatz des neuen Executionsverfahrens hat sich auch dort schon Freunde erworben, wo man ihm anfänglich mit Kälte und Zweifeln begegnete, und es wird anerkannt, daß, soweit die Wahrung der Rechte des betreibenden Gläubigers in die Hände des Gerichtes gelegt wurde und dadurch überflüssiges Einschreiten erspart wird, dies vom wohlthätigsten Einflusse geworden ist. Fast durchgehends ist ferner ein nicht unbedeutendes Sinken der Executionskosten bemerkbar; die Oeffentlichkeit erhält davon allerdings meist nur durch Tadel, Proteste und geharnischte Beschwerden Kunde. Insbesondere haben sich in den Städten die Kosten der Immobilar-Zwangsverwaltung durch Einführung der Entlohnung des Verwalters nach Percenten des Erträgnisses vermindert.

Die Probe auf den Gemeinsinn in unserer Bevölkerung, an den das Institut der Verwalterliste appellirt, ist hingegen bis jetzt im Ganzen wenig ermuthigend ausgefallen. Allerdings wurde bei der ersten Anlegung der Listen recht oft ohne richtiges Verständniß und ohne die erforderliche Sorgfalt und Genauigkeit vorgegangen. Man wird das künftig besser machen, und die längere Uebung wird zweifellos mithelfen, die Gedanken der Executionsordnung vollkommener zu realisiren. Ein besonders großer Fond von Opferwilligkeit für die Gemeininteressen ist aber allem Anscheine nach — auch auf dem Lande — einstweilen noch nicht vorhanden. Man würde gut thun, unsere Erfahrungen vor Allem bei dem Projecte der Errichtung bäuerlicher Berufsgenossenschaften zu Rathe zu ziehen, die — wenigstens nach den letzten Vorschlägen — wirthschaftliche Aufgaben erhalten sollen, welche zum Theile weit mehr Hingebung an fremde Interessen erheischen und viel unangenehmere und beschwerlichere Verpflichtungen auferlegen, als die Zwangsverwaltung. Die Erfahrungen mit der Verwalterliste sind jedenfalls ein sehr lehrreicher Beitrag zum Capitel der sogenannten socialen Verwaltung. Gerade diese Beziehung mahnt andererseits wieder zur Ausdauer auch in unserem engeren Gebiete. Sonst gewähren die Erfahrungen mit der Liegenschaftsexecution insoferne Beruhigung, als von Verzögerungen und Unterbrechungen des Verfahrens durch Ausnützung der angeblich

im Gesetze hiezu gebotenen Handhaben bisher kaum etwas wahrgenommen wurde. Damit ist nichts für alle Zukunft gesagt, aber bisher verläuft die Immobilarversteigerung in der Regel, ohne mit dem Mißbrauch der zum Schutze des Verpflichteten erlassenen Normen kämpfen zu müssen. Schnelligkeit und Promptheit der Execution haben demnach — was für den Creditverkehr von Wichtigkeit ist — nicht gelitten, auf welche Vermögensobjecte immer Zwangsvollstreckung geführt werden mag. Die markanteste Erscheinung der Immobilarexecution ist eine im Vergleiche zur Menge der Versteigerungen wirklich minimale Zahl von Einstellungen wegen nicht erzielten geringsten Gebotes. Sie ist aber deshalb minder beweiskräftig, da die Einstellung hier fast immer mit einem in der Executionspraxis öfter wahrnehmbaren Fehler zusammenhängt, der mit aller Macht zu bekämpfen ist: mit der unzureichenden richterlichen Initiative und Controle. Einige unter diese Rubrik gereihte Fälle stellten sich außerdem bei näherer Prüfung als anberaumte Versteigerungen dar, zu denen keine Kauflustigen erschienen. Man kann dann schwer die Behauptung aufrecht erhalten, das geringste Gebot sei es gerade gewesen, was die Bieter abgeschreckt habe. Ueber die Meistbotsziffern und ihr Verhältnis zum Schätzungswerthe liegen noch keine vollständigen Daten vor.

Im Bereiche der gewöhnlichen Mobilarexecution ist die Befristung des Pfändungspfandrechtes (§. 256 E.-O.) wohl die interessanteste Neuerung gewesen. Das Urtheil über sie schwankt noch unentschieden zwischen Gut und Böse; die Praxis empfindet sie als Erleichterung und als Last und Erschwerniß, und es ist kaum vorauszusehen, daß das jemals anders werde. Denn die gesetzliche Bestimmung selbst ist richtig und unrichtig, je nach der Function und dem wirthschaftlichen Zwecke des Pfandrechtes, je nach dem Creditverhältnisse, dem es dient, und sogar nach der Entwicklungsstufe dieses Verhältnisses. Richtig für die eigentliche Execution nach strengstem Wortsinne und Zwecke; unrichtig, je mehr in dem Verfahren, das formell Executionsverfahren ist, materiell das rechtsgeschäftliche Element, statt des Befriedigungs- der Sicherungszweck vorherrscht. Die letzte Wurzel dieser zwiespältigen Aufnahme der neuen Norm ist aber auch hier wieder

das Widerstreben gegen die schablonenhafte Ordnung eines nach individueller Beurtheilung verlangenden Verhältnisses. Die irrthümliche Meinung, daß die auf das Pfandrecht an körperlichen Sachen beschränkte Vorschrift des §. 256 E.-O. analog bei Pfändung von Forderungen und insbesondere gerichtlicher Depots anzuwenden sei, hatte von Anfang nicht viel Verbreitung und ist im Schwinden begriffen. An einzelnen Orten hat sich auch der Erlös der Mobilarversteigerung etwas gehoben, aber hier ist — wenigstens in den großen Städten — bei sorgfältigstem Vorgehen keine dauernde Besserung zu erwarten, wenn nicht besondere administrative Veranstaltungen hinzukommen. Solange wir es nicht erreichen, daß die Versteigerung in der Regel außerhalb der Räume, namentlich der Wohnräume des Verpflichteten stattfindet und dadurch den bekannten Cartellen der Boden entzogen wird, kann alle auf die Mobilarversteigerung gewendete Mühe nicht auf Lohn rechnen.[1]) Von den übrigen Verwerthungsarten, einschließlich des Verkaufes aus freier Hand, wird vorderhand noch weniger Gebrauch gemacht, als es wünschenswerth ist. Auch hier wird das Gericht stärkere Impulse auszuüben sich gewöhnen müssen.

Das Institut der einstweiligen Verfügungen leidet gleichfalls zunächst noch an seiner Neuheit. Solche Verfügungen werden nicht so häufig beantragt, als man voraussetzte; wahrscheinlich infolge des schnelleren Verlaufes der Processe, aber das allein gibt noch keine genügende Erklärung. Zu dem seltenen Gebrauche mag die bis nun sehr zurückhaltende Praxis des obersten Gerichtshofes nicht wenig beitragen; sie steht in auffallendem Contraste zu der Splendidität mancher Gerichte erster Instanz, die solche Verfügungen bewilligen, wenn auch Anspruchs- oder Ge-

[1]) Ein Versuch der oben angedeuteten Art ist die Errichtung einer öffentlichen gerichtlichen Auctionshalle in Wien (Verordnung vom 29. October 1899, R.-G.-Bl. Nr. 217), in der die Zwangsversteigerungen von Mobilien vorgenommen werden sollen (§. 274 E.-O.). Sachen, für die bei der Versteigerung kein angemessener Preis erzielt wird, können unter gewissen Bedingungen nachher in der Auctionshalle aus freier Hand verkauft werden (§. 280 E.-O.). Außerdem übernimmt die gerichtliche Auctionshalle Pfandstücke in Verwahrung (§. 259 E.-O.).

fahrsbescheinigung recht windig sind. Die einstweiligen Verfügungen sind die letzte, feinste Frucht des Zweckmäßigkeitsgedankens im Processe; mit dessen Emporsteigen und Abklären wird wohl auch in die Gewährung der einstweiligen Verfügungen mehr Regel und Sicherheit kommen. Heute bilden sie allem Anscheine nach im Inventar der Rechtsschutzmittel noch keinen festen Posten.

Dieses Bild des Executionsverfahrens macht fast einen dürftigen Eindruck. Es fehlen nicht blos die durchschlagenden Erfolge; man erwartet auch einen größeren Reichthum an Thatsachen und bemerkenswerthen Einzelheiten, zumal wenn der notorische Geschäftsandrang bei den Executionsrichtern beachtet wird. Es läßt sich eben erst jetzt verläßlich feststellen und ist eine für Theorie und Gesetzgebung hochwichtige Thatsache: Unsere Execution ist — vor Allem in den größeren Verkehrscentren, die für die statistischen Ziffern und für die wirthschaftliche Function der Execution am meisten in Betracht kommen — der Hauptsache nach nur Executionsdrohung und Executionseinleitung. Bei diesen Anfangsacten bleibt es in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle; der Percentsatz der Realisierungen, an denen sich die Mannigfaltigkeit und die Zweckmäßigkeit des Executionsrechtes offenbaren müßte, ist äußerst niedrig. Für die Immobilarversteigerungen des Jahres 1898 zeigt dies nachfolgende Tabelle, bei deren Anlegung davon ausgegangen wurde, daß leider noch immer die zwangsweise Pfandrechtsbegründung regelmäßig als Vorbereitung der Versteigerung erwirkt wird.

Ort	Zwangsweise Pfandrechtsbegründungen	Versteigerungsbewilligungen	Vorgenommene Versteigerungen	Percentverhältniß der Versteigerungen und Pfandrechtsbegründungen
Wien	850	242	55	6·5
Prag	611	121	16	2·6
Graz	205	95	21	10·2
Triest	420	132	26	6·2

Noch ungleich größer ist nach den Ergebnissen des Jahres 1898 das Mißverhältniß bei den Mobilarexecutionen, die aber unter sich ähnliche Proportionen aufweisen, wie bei den Immobilarversteigerungen.

Ort	Pfändungsbewilligungen	Vorgenommene Pfändungen	Vorgenommene Versteigerungen	Percentverhältniß der Versteigerungen und Pfändungsbewilligungen
Wien . . .	56.320	34.766	2.183	3·8
Prag	10.471	4.376	228	2·2
Graz	3.617	1.755	126	3·5
Triest	4.439	1.858	133	3·0

Obgleich nur Zahlen des ersten Jahres, scheinen sie doch stationäre Verhältnisse zu künden. Wenigstens zeigt die Entwicklung der Mobilarexecution in Wien während der ersten neun Monate des Jahres 1899 im Ganzen die nämlichen Züge wie das Ergebniß des Vorjahres. In den Monaten Jänner bis einschließlich September 1899 entfallen auf 52.628 Mobilar-Pfändungsbewilligungen (excl. Forderungspfändung) 27.463 vorgenommene Pfändungen beweglicher körperlicher Sachen — ein kleiner Rückgang gegenüber der vorjährigen Proportion — und 2031 Versteigerungen und executive Verkäufe aus freier Hand. Es führten demnach auch heuer nur 3·9 Percent der Pfändungsbewilligungen thatsächlich zum Zwangsverkaufe, was mit dem vorjährigen Resultate (3·8 Percent) übereinstimmt.

Ferne davon, hieraus vorschnell Consequenzen ziehen zu wollen, sind dies doch Daten, die eine Menge theoretischer Vorstellungen über die Execution — und zwar nicht blos solche der juristischen Theorie — sehr erschüttern und wohl einerseits zu einer mehr veristischen Auffassung der Zwangsvollstreckung und andererseits zu der weiteren Ausbildung der Executionsstatistik Anstoß geben werden, die schon öfter in der Literatur gefordert

wurde. Neben der Statistik der Immobilar-Zwangsversteigerungen wird eine thunlichst detaillirte Statistik der Mobilarexecution anzulegen sein. Schon die etlichen Daten, die uns heute unsere Register liefern, verbürgen die Fruchtbarkeit dieser Arbeit, ohne die man niemals zu einem dem Wirthschafts- und Volksleben wirklich entsprechenden Mobilarexecutionsrechte gelangen wird.

Als nächstliegende Nutzanwendung ergibt sich aus jenen Ziffern ein gewisser Trost für alle wegen angeblich zu starker Betonung des socialpolitischen Gesichtspunktes aufgeschreckten Gemüther. Die wenigsten Executionen gelangen — mag auf bewegliches oder unbewegliches Vermögen gegriffen werden — bis dorthin, wo die Socialpolitik nach deren Ansicht gefährlich zu werden beginnt. Die Schuldner scheinen, wenn sie nur halbwegs zahlen können, keine überflüssigen Schwierigkeiten zu machen. In den Ziffern spiegelt sich der Volkscharakter wieder: etwas lässig und nachlässig, eine nicht zu ernste Auffassung der Verpflichtung, aber sich bald und ohne viel Widerstreben ins Nothwendige und Unabänderliche fügend, diese eigenthümliche Mischung von Sanguinismus und Resignation, die das Gemeinsame im österreichischen Volkscharakter ist, wenn auch vielleicht bei jeder Nationalität etwas anders motivirt und gewisse Nuancen bestehen. Daß sie uns einen Rapport zwischen zwei scheinbar so entfernten Dingen andeuten, wie Volkspsychologie und Executionsrecht sind, macht die Ziffern um so interessanter.

Zu einer concreteren Folgerung leiten sie, indem sie die ungemein große praktische Wichtigkeit der Vorschriften über die Einstellung der Execution hell beleuchten. Die Einstellung der Execution, in der Theorie und auch im Gesetz als anomale Beendigungsart der Execution angesehen, ist in Wahrheit nichts weniger als das. Zusammen mit dem stillschweigenden Fallenlassen schafft sie im Gegentheile die Executionen bis auf einen winzigen Bruchtheil auf Grund außergerichtlicher Befriedigung oder Vergleiches mit dem Gläubiger u. Ae. bei Seite. Die Praxis wird darauf sehen müssen, daß auch hiebei die sehr bestimmten Anschauungen und Absichten der Executionsordnung zur Geltung kommen. Eine genaue, gleichmäßige, feste und richtige Handhabung der gesetz-

lichen Vorschriften über die Einstellung der Execution ist eine Forderung, die wir, sobald klar geworden, wie sich die Dinge thatsächlich verhalten, aller Anfechtungen ungeachtet mit größtem Nachdrucke erheben müssen. Es kann uns daher zur Befriedigung gereichen, daß an Stelle des anfänglichen Auseinandergehens der Einstellungspraxis jetzt schon ziemliche Gleichmäßigkeit darin herrscht und die Tendenz der fraglichen Gesetzesbestimmungen selten mehr verkannt wird.

Jedenfalls sind die mitgetheilten Ziffern die bündigste Widerlegung der Behauptung, daß das neue Mobilar-Executionsrecht eine Verständigung zwischen Gläubiger und Schuldner verhindert und dem Gläubiger den Versteigerungsantrag geradezu aufzwingt. Man sieht, der Gläubiger disponirt über die Execution noch immer im erheblichsten Umfange. Mag auch eine formelle Vereinigung von Pfändungs- und Verkaufsantrag unter gewissen Voraussetzungen wünschenswerth sein — dazu, dass unter dem Drucke des Gesetzes unbarmherzig auf der letzten Consequenz der Execution bestanden werden müsse, kommt es zum Mindesten nicht öfters als früher. Die Zufristungen nach der Pfändung haben allerdings im Vergleich zum früheren Executionsrechte an Zahl und Dauer abgenommen, der Zeitraum für Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner ist kürzer, der Gang der Execution zielbeherrscht, straffer, unaufhaltsamer geworden. Das wird aber kaum zu bedauern sein, wenn an den Revers der unbegrenzten Dehnbarkeit der früheren Mobilar-Execution gedacht wird, die seinerzeit von aller Welt hart getadelt wurde und sich nun nachträglich — ungefähr wie der verschwundene Papiergulden — populär zu machen sucht. Ist die große Menge der Einstellungen ein Zeichen dafür, daß die Gläubiger entweder ohne Versteigerung in irgend einer Form zufriedengestellt worden sind oder die Fruchtlosigkeit weiterer Schritte eingesehen haben, so bürgen die Normen der neuen Executionsordnung zugleich dafür, daß das eine oder andere Resultat nunmehr erreicht wird, ohne die Capitalsschuld mit Executionskosten zu belasten, die — wenn man sie als Leihzins betrachten würde — einen erschreckend hohen Zinsfuß repräsentiren. Deshalb werden auch die Gläubiger kaum das „Odium der Hart-

herzigkeit“ zu fürchten haben. Die Schuldner hegen dafür, was es bedeutet, weniger Nebengebühren zahlen zu müſſen, die feinſte Empfindung. Den Vortheil davon wird aber in letzter Auflöſung der Gläubiger haben: ſowohl in ſeiner weiteren wirthſchaftlichen Verbindung mit dem Schuldner, wie im allgemeinen geſchäftlichen Verkehre.

II.

Die Unmittelbarkeit.

Wir kennen nun aus eigener Erfahrung die Bedeutung der Unmittelbarkeit für das Ergründen der Wahrheit, die belebenden, klärenden und erleuchtenden Wirkungen, welche die Unmittelbarkeit auf Streitsache und Personen ausübt, den enormen Nutzen, den sie im Allgemeinen bietet und im einzelnen Falle bieten kann. Alles dies ist heute Gemeingut der Praxis und zum Theile sogar in das breite Publicum eingedrungen, von diesem erkannt und geschätzt. Wo vereinzelt die Würdigung und Verwerthung der Unmittelbarkeit noch keine volle ist oder wo noch nicht ganz erfaßt ist, was man der Unmittelbarkeit als gesetzlichem Requisit der mündlichen Verhandlung schuldet, da wird dies kaum lange mehr dauern. Denn der Unmittelbarkeit wohnt eine starke Werbekraft inne. Jeder einzelne Proceß predigt ohne alles Zuthun eindringlich die unvergleichliche Productivität des unmittelbaren processualen Contactes zwischen Richter, Parteien und Beweismitteln und lehrt überzeugend, wie sehr die Unmittelbarkeit den innersten Bedürfnissen des Processes dient und durch sie gefordert wird. Wenn überdies einer der Grundsätze des neuen Verfahrens geeignet ist, wie man zu sagen pflegt, in Fleisch und Blut des Richters überzugehen, so ist es das Unmittelbarkeitsprincip. Denn die Unmittelbarkeit ist nichts Anderes als die gesetzliche Reception der Art, wie die Menschen im Leben, in gewöhnlichen Dingen sich erkundigen, forschen, die Wahrheit suchen, zu einem Urtheil gelangen. Darauf beruht im letzten Grunde ihre große Kraft, welcher der endliche Sieg sicher ist.

Die Schriftlichkeit und Mittelbarkeit des früheren Processes, das war die Gelehrtenart des Foliantenstudiums, die Art der zum Denken besonders Geschulten, die in Mißachtung des gemeinen Lebens ihre Probleme fernab vom lauten Tagestreiben wählten. Weil sie Methoden weltabgewandten Denkens waren, deshalb eben waren Schriftlichkeit und Mittelbarkeit schlechte Proceßprincipien. Was es heißt, von diesen Fesseln befreit sein, dessen wird man sich erst nach und nach bewußt. Es ist die Gelehrtentradition, der Buchmensch im Juristen, der im Anfange der Benützung und Ausnützung der Unmittelbarkeit vielleicht am meisten hinderlich ist. Der Gelehrtentradition war die Unnatur von Mittelbarkeit und Schriftlichkeit das Verwandtere, Natürliche; das Natürliche der Unmittelbarkeit liegt ihr fürs Erste ferner. Die jüngeren Juristengeschlechter werden heute schon an den Universitäten, in den Seminarien auf die Empirie gewiesen und lernen es, mit den Thatsachen des sie umgebenden Lebens wissenschaftlich arbeiten. Je mehr sie in Zukunft die Richterstühle einnehmen werden, desto kraftvoller und zugleich ungezwungener wird der Unmittelbarkeitsgedanke in der Proceßpraxis seine Erfüllung finden. Mit der Constatirung dieses allgemeinen Zusammenhanges will aber keineswegs gesagt sein, daß wir mit der vollen Verwirklichung der Unmittelbarkeit bis zum Heraufrücken der Jugend geduldig warten müssen. Im Gegentheile: Soferne die Ursache der Unvollkommenheit nur in uns und in einem Vorurtheile liegt, wird man mit umsomehr Berechtigung eine baldige Verbesserung der Praxis durch Selbstzucht verlangen dürfen. Den Aelteren kostet die Unmittelbarkeit bisweilen noch Arbeit, der Jugend wird sie selbstverständlich erscheinen, das ist der einzige, persönlich freilich nicht gleichgiltige Unterschied.

1. Parteivorträge. Das erste, einfachste Postulat der Unmittelbarkeit ist: Die Parteien haben vor dem erkennenden Gerichte mündlich zu verhandeln (§ 176)[1]; das erkennende

[1]) Die Civilproceßordnung wird im Folgenden durch Angabe der Paragraphenziffer ohne weiteren Beisatz citirt. Bei der Citirung anderer Gesetze wird neben der Paragraphenzahl das Gesetz selbst genannt.

Gericht hat die Parteien mit ihren Vorträgen zu hören (§. 177, Abs. 1). Entweder wirken bei dieser Verhandlung beide Parteien zusammen, oder es beschränkt sich infolge Säumniß einer Partei die Verhandlung auf den Vortrag des allein Erschienenen. Mit der Unmittelbarkeit der mündlichen Verhandlung, wie sie das Gesetz versteht, würde sich daher nicht eine Verhandlung vertragen, bei der die eine Partei ihre Vorträge vor dem erkennenden Gerichte, die zweite aber die ihrigen vor einem ersuchten Richter statt vor dem erkennenden Gerichte hält. Ein Verhandeln des erkennenden Gerichtes mit der allein erschienenen Partei, das dennoch nicht Säumnißverfahren wäre, kennt das Gesetz nicht. Das duldet auch zu Gunsten der unbemittelten Partei keine Ausnahme, deren Vertretung einem gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Beamten übertragen ist (§. 64, Z. 4). Wäre es zulässig, die mündliche Verhandlung mit einer solchen Partei in der eben geschilderten Weise in absentia durchzuführen, sie vor dem ersuchten Richter ihres Wohnsitzes ihren Vortrag halten zu lassen, so brauchte man für sie überhaupt keinen amtlichen Vertreter. Der richtige Vorgang ist vielmehr, daß der amtliche Vertreter rechtzeitig brieflich Information bei der unbemittelten Partei einholt. Oder er wird sie, um Information zu erhalten, durch ihr Wohnsitzbezirksgericht formlos zu Protokoll einvernehmen lassen. Mit Hilfe dieser Information hat sich sodann der amtliche Vertreter an der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte zu betheiligen, die dadurch eine wahrhaft contradictorische, zweiseitige im Sinne des Unmittelbarkeitsprincips wird. Vielleicht wird der amtliche Vertreter auf das thatsächliche Vorbringen und die Beweisanbietungen des Gegners erst nach neuerlicher Befragung der abwesenden Partei erwidern können; das kommt auch bei anderen nicht informirten Proceßbevollmächtigten vor. Die abwesende Partei selbst tritt aber im Stadium der Parteivorträge gar nicht hervor. Sie wird durch den Vertreter repräsentirt, der unter Umständen Vertagung zum Zwecke der Einholung neuer Information beantragen, aber niemals begehren kann, daß ein auswärtiger Richter ersucht werde, mit der abwesenden Partei zum Zwecke der Ermittlung des Streit-

verhältnisses zu verhandeln. Die abwesende Partei kommt erst zum Worte, wenn das Proceßgericht Beweisbeschluß auf Parteivernehmung gefaßt hat und nun den Kläger durch einen ersuchten Richter abhören läßt.

Weil die mündliche Streitverhandlung vor dem erkennenden Gerichte stattfinden muß, darf das Urtheil — diese beiden Sätze ergänzen sich gegenseitig — nur von Richtern gefällt werden, die an der ganzen, dem Urtheile zu Grunde liegenden mündlichen Verhandlung theilgenommen haben (§. 412, Abs. 1). Das ist keine ceremonielle Vorschrift, kein bloßes Anstands- oder Schicklichkeitsgebot, sondern eine der plausibelsten, aber auch unabweisbarsten Consequenzen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Die Aenderung in der Person des Richters oder eines Senatsmitgliedes darf nicht verwechselt werden mit der Fortsetzung der Verhandlung bei einer späteren Tagsatzung ohne jede Veränderung in der Besetzung des Gerichtes (§. 138). Hier hat der Vorsitzende (Einzelrichter) bei der späteren Tagsatzung mit Hilfe des Verhandlungsprotokolles und der sonstigen Proceßacten ein mündliches Resumé der wesentlichsten Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung zu geben. Daran anknüpfend, geht die mündliche Verhandlung fort: was dem Resumé folgt und was ihm bei der früheren Tagsatzung vorangegangen ist, sind Theile eines und desselben Ganzen, die Verhandlung bei beiden Tagsatzungen bildet eine Einheit. Wechsel des Richters dagegen macht stets neuen Beginn der mündlichen Verhandlung nothwendig. Die Recapitulirung der wesentlichsten Ergebnisse der früheren Verhandlung wäre weder genug, noch wäre sie statthaft. Der Richterwechsel zerreißt den äußeren Zusammenhang zwischen der früheren und der späteren Verhandlung; erstere bleibt ein Bruchstück, das nun nicht mehr vollendet werden kann. Doch wird die bei der früheren Verhandlung geleistete, in ihr enthaltene Arbeit dadurch nicht nothwendig vernichtet; ungeachtet ein formelles Band zwischen den beiden Verhandlungen fehlt, vermag sie auf die neu anhebende Verhandlung in mannigfacher Weise hinüberzuwirken. Dank ihrer wird nämlich die neue Verhandlung vor dem veränderten Senate oder vor dem neuen Richter in Manchem einen flüchtigeren Schritt

gehen können. Vor Allem wird bisweilen die Erörterung des Sachverhaltes von den im Verhandlungsprotokolle beurkundeten Ergebnissen der früheren Verhandlung Nutzen ziehen; sie wird sich kürzer, geschlossener, straffer halten können. Wenn sich die Parteien zuerst mit ihren Darlegungen begegnen, braucht es oft lange, bis sich aus dem beiderseitigen Vorbringen ein Einverständniß über gewisse Punkte des Sachverhaltes ergibt oder bis man genau weiß, worin eigentlich ihre Behauptungen auseinandergehen, welches die einzelnen streitigen Thatfragen sind. Es wäre eine schale Formalität, wenn man Alles, worüber die Parteien bei der ersten Verhandlung einig geworden sind, was sie sich als wahr zugaben oder als im bestimmten Umfange bestritten constatirten, noch einmal zum Gegenstande der Verhandlung machen wollte. In dieser Beziehung ist ein Benützen der früheren Verhandlung durch resumirendes Vorführen der einverständlich klargestellten Punkte nicht blos gestattet, sondern auch zu wünschen; selbstverständlich unter Vorbehalt der Befugniß der Parteien, von ihren früheren Erklärungen über erhebliche Proceßbehauptungen bei der neuen Verhandlung abzugehen. Ferner brauchen alle bei der ersten Verhandlung schon durchgeführten mittelbaren Beweisaufnahmen nicht mehr wiederholt zu werden. Sie sind schlechtweg für die neue Verhandlung zu benützen, soweit auch der neue Richter oder Senat diese Beweise über das nämliche Beweisthema zuzulassen beschließt. Endlich wird man sich zuweilen auch bei unmittelbarer Beweisaufnahme auf eine Ergänzung der früheren Beweisaufnahme beschränken können, statt den Beweis nochmals frisch aufzunehmen. Aber alle diese Erleichterungen sind nur relativ und von der Auffassung des neuen Richters (Senates) abhängig. Sie werden nach Zweckmäßigkeit und nach den individuellen Anforderungen der Sachverhaltsermittlung angewendet werden, so weit das Gericht sie für nützlich und gesetzlich zulässig hält. Vom Gesetze wird dem Gerichte irgend eine Beschränkung der Erkenntnißquellen weder zugemuthet, noch auferlegt. Durch die Beachtung etwaiger Widersprüche zwischen den früheren, protokollarisch beurkundeten und den neuen Anführungen der Parteien werden die Erkenntnißbehelfe

des neuen Richters (Senates) sogar vermehrt (§§. 266, 272). Gegenüber diesen möglichen Entlehnungen zeigt sich die Selbstständigkeit der neuen mündlichen Verhandlung am deutlichsten an zwei Stellen. Der Gang der Sachverhaltserörterung bei der neuen Verhandlung ist völlig frei, letztere kann eine andere Richtung nehmen, als die abgebrochene Verhandlung. Jene Entlehnungen sind nur möglich, soweit die beiden Verhandlungen inhaltlich gleich sind; das inhaltliche Verhältniß der Verhandlungen wird aber durch die Parteivorträge und die Proceßleitung, nicht durch andere Rücksichten bestimmt. Das zweite ebenso prägnante Zeichen der Selbstständigkeit ist, daß die vor dem Eintritte des neuen Richters gefaßten Beweisbeschlüsse an sich für diesen nicht bindend sind. Alle etwaigen Beweisvirements haben — wie gesagt — zur Voraussetzung, daß nach dem Ergebnisse der neuen Verhandlung dieselben Thatsachen erheblich und bestritten sind und auch der neue Richter (Senat) darüber Beweis durch dieselben Beweismittel anzuordnen findet. Inwieweit bei der neuen Verhandlung das Behauptungs- und Beweismateriale der früheren Verhandlung benützt wurde, ist im Protokolle anzugeben, damit nach Bedarf die Gesetzmäßigkeit des Vorganges überprüft werden kann.

Ungeachtet des Neubeginns der Verhandlung verdoppelt sich durch den Richterwechsel weder die erste Tagsatzung, noch wird eine bei der ersten Verhandlung bereits eingetretene Präclusion der Unzuständigkeitseinrede (§. 441) wieder aufgehoben. Die frühere Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache behält gleichfalls ihre volle gesetzliche Wirkung, und eine von dem ersten Richter gefällte Entscheidung über die Unzuständigkeit bindet auch den neuen Richter (§. 425, Abs. 2).

2. **Beweisaufnahme.** Nebst der Verhandlung will der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch die Beweisaufnahme dem erkennenden Gerichte sichern. Bei der Beweisaufnahme ist aber mit oft unüberwindlichen Verhältnissen zu rechnen. Das Gesetz kann für sie die Unmittelbarkeit nicht so bedingungslos befehlen, wie für die Verhandlung; es erübrigt da nichts, als das Müssen in ein Sollen abzuschwächen. Der Schutz der Unmittelbarkeit der Verhandlung ist ein objectiv-gesetzlicher, die Unmittelbarkeit der Beweisauf-

nahme kann nicht anders als durch das Gebot geschützt werden, die Beweise soweit möglich vor dem erkennenden Gerichte aufzunehmen. Die Grenze zieht in letzter Linie nach allen einschlägigen gesetzlichen Vorschriften doch immer die subjective Beurtheilung des Richters. Sie wird dem Gesetze nur dann völlig entsprechen, wenn sie die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme als die große durchgreifende Regel betrachtet, von der blos ausnahmsweise aus zwingenden äußeren Verhältnissen abgewichen werden darf. Die Wahl zwischen unmittelbarer Beweisaufnahme und Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter (§. 276) darf das Gericht daher nicht zu Gunsten der letzteren entscheiden, wenn die unmittelbare Beweisaufnahme leicht durchzuführen wäre, wie z. B. bei Zeugen, die in der Nähe des Gerichtes oder im Nachbarbezirke wohnen. Die richtigen Kriterien für den Zeugenbeweis sind nicht allzuschwer festzuhalten. Wo günstige Verbindungen und Communicationsmittel gegeben sind, oder wo die Entfernungen nach den Begriffen des gewöhnlichen Verkehres und nach den localen Gepflogenheiten regelmäßig nicht durch Brief und Post, sondern dadurch überwunden werden, daß man sich in allen wichtigeren Dingen in Person von einem zum anderen Orte begibt, da darf auch das Gericht nicht um Vernehmung des Zeugen ersuchen. So lange die persönlichen Verhältnisse des Zeugen sowie der Kostenpunkt und dessen Relation zum Streitgegenstand es irgend gestatten, ist wegen des hohen Werthes der unmittelbaren Beweisaufnahme die Ladung des Zeugen vor das erkennende Gericht vorzuziehen. Je besser die Communicationsverhältnisse, desto weiter wird sich die Zone ausdehnen, aus der vor das erkennende Gericht geladen wird. Auch daran wird zu denken sein, ob nicht die Betheiligung der Parteienvertreter an der Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter größere Kosten macht, als das persönliche Erscheinen des Zeugen vor dem erkennenden Gerichte. Als Complement einer derart energischen Betonung der unmittelbaren Beweisaufnahme ist — eben wegen der Rücksicht, die auf den Zeugen zu nehmen ist — ein Dreifaches zu fordern: a) die sorgfältige Sichtung und Bestimmung der zu beweisenden erheblichen Umstände; es muß ein zweifellos zureichender Grund für die

Ladung vorliegen; b) die kluge und vorsichtige Auswahl der Beweismittel; gerade von dieser bestimmten Beweisaufnahme muß nach der Sachlage für die Proceßentscheidung ein wichtiges, wenn nicht ausschlaggebendes Resultat zu erwarten sein; c) Vertagungen müssen möglichst vermieden werden, da die Zumuthung mehrmaligen Erscheinens besonders peinlich wirken müßte, wenn die geladene Person mit ihrem Erscheinen vor Gericht ein gewisses Opfer bringt. Wo diese Voraussetzungen aber gegeben scheinen, da kann eine muthige Praxis bei der Anordnung unmittelbarer Zeugenbeweisaufnahme nicht genug empfohlen werden.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz beeinflußt auch die Frage, ob und wie Zeugenaussagen zu benützen sind, die in anderen Rechtssachen abgegeben wurden. Das kann in verschiedener Gestalt vorkommen. Die Partei beruft sich von vornherein auf diese Aussage als Beweis, oder genauer auf das darüber aufgenommene Protokoll, das in den Acten jener anderen Rechtssache liegt. Oder es wird zunächst normaler Zeugenbeweis beantragt, nachher aber dieser Antrag zurückgezogen und statt der Vernehmung des Zeugen begehrt, daß die von dem Zeugen über denselben Umstand in einem früheren Civil- oder Strafproceße u. s. w. abgelegte Aussage verlesen werde. Dies als einen gewöhnlichen Antrag auf Urkundenbeweis aufzufassen, dem bei Erheblichkeit des Beweisthemas nach den Regeln des Urkundenbeweises stattgegeben werden müsse, würde — abgesehen von allem sonstigen Unrichtigen — eine nicht ausreichende Schätzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bekunden. Letzterer leitet zu einer Differenzirung. Durch die schriftliche Aufzeichnung der Zeugenaussage wird nicht Zeugenbeweis in Urkundenbeweis verwandelt: der meritorische Inhalt des Protokolles ist trotz der schriftlichen Form als Zeugenaussage zu würdigen. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Unzulässigkeit des Zeugnisses (§. 320) und der Beeidigung (§. 336), sowie die Vorschriften über den Einfluß der Beeidigung oder Nichtbeeidigung auf die Beweiskraft behalten auch dem Protokoll gegenüber ihre Geltung. Ebenso darf es bei der Würdigung der beurkundeten Zeugenaussage nicht unberücksichtigt bleiben, ob bei Vernehmung des Zeugen gemäß §§. 337—339 vor-

gegangen wurde. Das Protokoll als öffentliche Urkunde stellt nur fest (§. 292), daß die Aussage unter den im Protokolle angegebenen Umständen so oder so abgegeben wurde; damit ist der Urkundenbeweis erschöpft. Hieraus ergibt sich als Erstes: Anträge, wie die früher erwähnten, sind nicht Anbietung eines Urkundenbeweises, sondern Anbietung eines Zeugenbeweises, verbunden mit dem weiteren Antrage, von der unmittelbaren Beweisaufnahme abzusehen. Zu letzterem Antrage sind die Parteien gewiß berechtigt. Aber ebenso gewiß ist es Pflicht des Gerichtes, bei Entscheidung über einen derartigen Antrag des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu gedenken. Dieser fordert nun, daß die Beweise soweit möglich im Laufe der Verhandlung von dem erkennenden Gerichte aufgenommen werden. Die zulässigen Ausnahmen davon sind im Gesetze, und zwar für den Zeugenbeweis im §. 328 angegeben. Die jeweiligen Verhältnisse nach diesen Gesichtspunkten zu prüfen, wird das Gericht nicht dadurch enthoben, daß die Partei oder die Parteien vorweg sich für die mittelbare Beweisaufnahme erklären. Denn die Unmittelbarkeit ist nach dem Gesetze ein wesentlicher Behelf der dem Gerichte obliegenden wahrheitsmäßigen Feststellung des behaupteten Sachverhaltes. So wenig das Gericht willkürlich, nach Gutdünken auf die Unmittelbarkeit verzichten darf, so wenig haben die Parteien darüber Disposition; es müßte sonst unter den Gründen zulässiger mittelbarer Beweisaufnahme (§. 328) auch der Antrag einer oder der übereinstimmende Antrag beider Parteien figuriren. Damit ist die zweite Folgerung gegeben: Der Berufung auf die in einer anderen Rechtssache abgelegte Zeugenaussage läßt sich nur willfahren, soweit betreffs des Zeugen oder des Beweisgegenstandes concret eine der gesetzlichen Bedingungen mittelbarer Beweisaufnahme vorhanden ist. Wo unmittelbarer Zeugenbeweis möglich und daher im Sinne des Gesetzes nothwendig ist, darf der Richter nicht sich selbst die Beweisquellen und den Parteien die Fragestellung (§. 289) verschließen. Innerhalb der Grenzen, in denen die Unmittelbarkeit einzelnenfalls durchführbar ist, soll sich der Richter nicht mit Surrogaten begnügen. Das Gesetz hat aus guten Gründen der mittelbaren Beweisaufnahme Schranken gesetzt.

Welche beträchtliche Steigerung erfährt die Beweiskraft meistens durch die Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden Gerichte, wie sehr wird dem Gerichte dadurch die Entscheidung zwischen Wahr und Unwahr erleichtert, und welche überraschende Aufklärungen empfängt es durch eine solche Vernehmung bisweilen über Theile des Processes, die an und für sich dem Beweissatze scheinbar ferne liegen! Wird damit die Sterilität vieler Beweisaufnahmeacten verglichen, so zeigt sich, wie berechtigte Ursachen wir in der That haben, jene gesetzlichen Schranken nicht zu überschreiten. Eine solche Ueberschreitung wäre es auch, wenn das Gericht zwar Beweisbeschluß auf Zeugenvernehmung fassen würde, den unmittelbar vernehmbaren Zeugen dann aber nicht wirklich abhört, sondern anstatt dessen z. B. das in einer Abhandlungssache mit dem Zeugen über den nämlichen Beweissatz aufgenommene Protokoll verlesen läßt. Dies ist als spontaner Vorgang des Gerichtes ebenso zu mißbilligen, als wenn es auf Antrag der Parteien geschehen möchte.

Das Gesagte gibt zugleich die Richtschnur dafür, inwieferne die in einem anderen Processe zu Beweiszwecken abgegebenen Aussagen der Parteien oder deren Beurkundung in einem späteren Processe verwendet werden dürfen. Nur kommt in Betracht, daß beim Beweise durch Parteivernehmung die Unmittelbarkeit wenn möglich noch strenger zu wahren ist, als bei allen übrigen Beweisen. Das Gesetz hat die besondere Wichtigkeit der Vernehmung vor dem erkennenden Gerichte durch die Vorschrift des §. 375, Abs. 2 betont. Nach dieser Norm ist die eidliche Vernehmung durch den ersuchten Richter überall unstatthaft, wo die Partei ebenso gut und leicht vor das erkennende Gericht hätte geladen werden können. Damit ist die Grenze für die Verwendung beurkundeter Aussagen aus anderen Processen noch enger gezogen, als beim Zeugenbeweise.

Eine wirklich unmittelbare Aufnahme des Sachverständigenbeweises wird häufig nicht ausführbar sein. Wegen der Beschaffenheit des Untersuchungsobjectes oder wegen des Vorganges bei der Untersuchung, der Untersuchungsmethode, wird bald der Befund, bald Befund und Begutachtung außerhalb des er-

kennenden Gerichtes stattfinden müssen. So weit es angeht, ist aber auch beim Sachverständigenbeweise auf die Forderungen der Unmittelbarkeit zu achten; denn selbst wo der Befund nicht vor dem erkennenden Gerichte aufgenommen oder wo ein schriftliches Gutachten erstattet wurde, bestehen solche Forderungen und können erfüllt werden. Es würde ihnen beispielsweise widersprechen, wenn das Gericht die Sachverständigen, die ein schriftliches Gutachten abgegeben haben, wegen Vorliegens des schriftlichen Gutachtens trotz ihrer Ortsanwesenheit überhaupt nicht der Streitverhandlung beizieht, sondern nur das Gutachten vorlesen läßt. Was in erster Instanz versäumt wurde, müßte dann oft unter erschwerten Verhältnissen im Berufungsverfahren nachgeholt werden, so daß aus diesem an sich unrichtigen und sachwidrigen Vorgehen noch Kostennachtheile entspringen können. Den bei der mündlichen Verhandlung anwesenden Sachverständigen aber soll nicht verwehrt werden, ihr Gutachten mündlich darzulegen. Die Gegenwart der Sachverständigen würde zwar die Unmittelbarkeit formell herstellen, die Verlesung des schriftlichen Gutachtens sie jedoch materiell arg verletzen. Das Gesetz begünstigt die mündlichen Aufklärungen und Erläuterungen des schriftlichen Gutachtens (§. 357), weil die Ansicht der Sachverständigen auf diese Art in der Regel viel lebendiger und leichter faßlich zum Ausdruck kommen wird, als durch das Verlesen des schriftlichen Gutachtens. Das Gericht soll sich außerdem thunlichst die Gelegenheit offen halten, die während der Verhandlung oft auftauchenden Zweifel über einzelne Punkte des Sachverständigenbeweises sogleich durch Befragung der Sachverständigen zu lösen und mit Hilfe ihrer mündlichen Darlegungen sich die Anschauungswelt und die Gedankengänge der Sachverständigen näher zu bringen. Daher wird man gut thun, auch im Falle schriftlicher Begutachtung nur ausnahmsweise auf die Ladung der ortsanwesenden Sachverständigen zu verzichten. Für das Moment der Ortsanwesenheit und die Ladung von Sachverständigen vor das erkennende Gericht werden dieselben Gesichtspunkte maßgebend sein, die für die Zeugenladung entwickelt wurden (S. 37).

Mit Allem, was die Unmittelbarkeit ist und heischt, würde sich demnach der Antrag in Widerspruch setzen, der Entscheidung

des Streitfalles die Ergebnisse der Verhandlung eines anderen, zur selben Zeit bei dem Gerichte anhängigen Processes zu Grunde zu legen. Die damit beabsichtigte Vereinfachung mag vielleicht sehr zweckmäßig sein, sie könnte aber nur mittels Verbindung beider Processe zur gemeinsamen Verhandlung (§. 187) erreicht werden; im zweiten separat geführten Processe ohne jede neue Verhandlung das Urtheil zu fällen, ist ganz und gar ausgeschlossen.

3. Anticipirter Schluß der Verhandlung und deren Wiedereröffnung. Die mündliche Verhandlung kann unter Umständen vor Aufnahme aller zugelassenen Beweise geschlossen werden (§. 193, Abs. 3). Jeder derart vorausgreifende Schluß der Verhandlung enthält eine virtuelle Verkürzung der Unmittelbarkeit, insoferne er die contradictorische Verhandlung der Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme abschneidet. Aber bei dieser Verkürzung, die zudem durch Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung (§. 194) jederzeit praktisch unschädlich gemacht werden kann, hat es sein Bewenden: im Uebrigen muß auch bei anticipirtem Verhandlungsschlusse der Unmittelbarkeitsgrundsatz im vollen gesetzlichen Umfange festgehalten werden. Es würde daher vor Allem nicht angehen, nach Einlangen der Beweisaufnahmeacten die Entscheidung von einem anderen Richter oder von einem anderen (geänderten) Senate fällen zu lassen, als vor dem die Streitverhandlung stattgefunden hat. Dies folgt auch aus dem Zwecke des anticipirten Verhandlungsschlusses. Manchmal wird die weitere Mithilfe der Parteien zur richtigen Erkenntniß und Beurtheilung des Streitfalles voraussichtlich nichts mehr beitragen; da sollen die Parteien von der Mühe und den Kosten einer solchen Mitwirkung befreit sein. Gerade diese Einschränkung des contradictorischen Verhandlungselementes steigert aber die Bedeutung der vollen Beherrschung des Proceßinhaltes durch den Richter. Eben weil den Parteien nach den letzten Beweisaufnahmen keine Gelegenheit zum Vortrage mehr gegeben wird, ist um so nothwendiger, daß bei der Entscheidung Alles berücksichtigt wird, was sie bei der früheren mündlichen Verhandlung an Einwendungen und juristischen Darlegungen vorgebracht haben. Das aber kann nur derjenige Richter, der an dieser Verhandlung wirklich theilgenommen hat.

Eine andere, zum Theile hierher gehörige Complication ist folgende: Es findet mündliche Streitverhandlung statt, und bei dieser bleibt ein Theil des thatsächlichen Vorbringens bestritten. Sei es zum Zwecke der Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter, sei es aus anderen Gründen, wird die Verhandlung vertagt. Nach der Verhandlung erklärt eine Partei mittels Schriftsatz, alle oder einige der bei der Verhandlung von ihr bestrittenen gegnerischen Anführungen als wahr anzuerkennen. Das Gericht könnte nicht daraufhin ohne weitere mündliche Verhandlung Urtheil schöpfen: weder sogleich (alles bestrittene Vorbringen ist zugegeben), noch nach Einlangen der Beweisaufnahmeacten (nur ein Theil des bestrittenen Vorbringens wird zugegeben, betreffs des Restes bleibt Beweis nöthig). Das wäre nicht blos eine Verletzung der Unmittelbarkeit, sondern auch der Mündlichkeit und nebstdem mit den Bestimmungen des §. 193 unvereinbar. Trotz des Zugeständnisses müßte vielmehr mündliche Verhandlung anberaumt werden; schon deswegen, weil erst damit jener Schriftsatz ein vorbereitender Schriftsatz und die darin enthaltenen Geständnisse nach §. 266, Abs. 1, wirksam würden.

Aehnlich verhält es sich, wenn der Vorsitzende bei Durchsicht der vom ersuchten Richter überschickten Beweisaufnahmeacten die Ansicht gewinnt, eine weitere mündliche Verhandlung sei nun kaum mehr nöthig. Mag das auch begründet sein, so könnte doch nicht die zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung schon anberaumte Tagsatzung aufgehoben oder von der Anberaumung einer solchen Tagsatzung abgesehen und zugleich die mündliche Verhandlung für geschlossen erklärt werden. Denn anticipirter Schluß der Verhandlung darf nur in der mündlichen Verhandlung selbst und auf Grund dieser Verhandlung ausgesprochen werden.

Beweisaufnahmen, die bei dem Proceßgerichte selbst, durch einen beauftragten Richter stattfinden sollen, oder die angeordnete Ergänzung einer unmittelbaren Beweisaufnahme berechtigen nicht, die mündliche Verhandlung im voraus geschlossen zu erklären.[1])

---

[1]) §. 193, Abs. 3: . . . wenn nur mehr die durch einen ersuchten Richter zu bewirkende Aufnahme einzelner Beweise aussteht u. s. w.

Bei Verkündung des Verhandlungsschlusses nach §. 193, Abs. 3 hat das Gericht die Parteien, wenn sie daran vergessen sollten, zur Uebergabe der Kostenverzeichnisse (§. 54) aufzufordern. Man kann nicht diese Aufforderung bis zum Einlangen der Beweisaufnahmeacten verschieben und dann außerhalb der mündlichen Verhandlung an die Parteien ergehen lassen. Das Verzeichniß der Kosten, die den Parteien durch die Beweisaufnahme entstehen, ist dem Protokolle des ersuchten Richters beizulegen.

Anticipirter Schluß der Verhandlung und Urtheilsfällung ohne Neuanordnung einer mündlichen Verhandlung ist — nebenbei bemerkt — auch in Bagatellsachen zulässig. Die gesetzliche Vorschrift, daß das Urtheil in Bagatellsachen mündlich zu verkünden ist (§. 452), schließt jene Vereinfachung nicht aus; es ist dann nach Analogie der Bestimmungen des §. 415 vorzugehen.

Für den Beschluß, womit zum Zwecke ergänzender Beweisführung Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung angeordnet wird (§. 194), können nicht die Ergänzungsbeschlüsse des früheren Summarverfahrens als Muster dienen; es ist dies auch kein Beweisbeschluß. In dem Wiedereröffnungsbeschlusse ist im Gegentheile über Inhalt und Art der vom Gerichte gewünschten Ergänzung gar nichts zu sagen, sondern blos zur mündlichen Verhandlung zu laden. Durch eine gleichzeitige proceßleitende Verfügung (§. 183) kann allerdings vorbereitet werden, was die Durchführung der beabsichtigten Ergänzung bei der anberaumten Tagsatzung zu befördern vermag. Der ergänzenden Beweisaufnahme muß ein bei der Tagsatzung gefaßter Beweisbeschluß vorausgehen. Der Beweisbeschluß aber kann nicht früher gefaßt werden, als bis den Parteien die aufzuklärenden oder noch nicht genügend erwiesenen Punkte bekanntgegeben wurden und darüber mündliche Verhandlung stattgefunden hat; denn das Ergebniß der mündlichen Verhandlung kann eventuell das Gericht veranlassen, von der Beweisergänzung überhaupt abzusehen.

4. Berufungsverfahren. Soweit das Berufungsverfahren mündliche Verhandlung ist und es in dieser Parteivorträge und Beweisaufnahmen gibt, hat der Unmittelbarkeitsgrundsatz für das Berufungsverfahren dieselbe Bedeutung und die nämlichen Con-

sequenzen, wie in der ersten Instanz. Nur tritt im Berufungsstadium noch eine andere Seite der Unmittelbarkeit hervor: sie ist hier nicht blos für das Sammeln und Feststellen der Urtheilsgrundlagen, sondern auch für das Abgehen von den thatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz wesentlich. Thatsächliche Feststellungen des erstrichterlichen Urtheils, auf die sich die mündliche Berufungsverhandlung nicht bezogen hat, dürfen nicht vom Berufungsgerichte nach altem Style kritisirt und dem eigenen Dafürhalten gemäß geändert werden. Das Berufungsgericht erklärt z. B. im Gegensatze zum ersten Richter einen Umstand für erwiesen, weil die vom Proceßrichter erster Instanz gegen die Glaubwürdigkeit einzelner Zeugen angeführten Gründe nach den Acten nicht stichhältig scheinen, die Zeugen ihre Aussage nach Ansicht des Berufungsgerichtes mit genügender Bestimmtheit abgegeben haben und diese Aussagen in keinem Widerspruche zu den übrigen vorliegenden Aussagen stehen. Das wäre fehlgegangen und fast dasselbe, wie wenn der erste Richter über den Sachverhalt urtheilen wollte, ohne überhaupt die Parteien zu hören. Nöthigen die Berufungsgründe dazu, die thatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz nachzuprüfen (§. 488, Abs. 1), so muß dies in der Art geschehen, daß sich die Parteien sowohl über die erstrichterlichen Feststellungen, als auch über die daran vorzunehmenden Aenderungen vor dem Berufungsgerichte und unter dessen Leitung (§. 182) aussprechen und dem Berufungsgerichte die Wahrheit der abweichenden Behauptung bewiesen wird. Beweisergänzung oder neue Beweisaufnahmen über diese Behauptung lassen sich nur vermeiden, wenn die Parteivorträge darüber ein Thatsachengeständnis enthalten oder in Verbindung mit den unangefochtenen Feststellungen der ersten Instanz und den Ergebnissen der Berufungsverhandlung das Berufungsgericht von der Wahrheit der Behauptung überzeugen (§. 272). Das Abgehen von den thatsächlichen Feststellungen der ersten Instanz ist das Annehmen neuer thatsächlicher Urtheilsgrundlagen: damit ist erklärt, warum die Unmittelbarkeit für beides gleich bemessen werden muß.

Im Berufungsverfahren ist somit das Gericht einerseits an die Wahrheitsbeurtheilung der unteren Instanz gebunden und

andererseits in seiner Beweiswürdigung und Wahrheitsbeurtheilung von der ersten Instanz unabhängig. Das Anwendungsgebiet dieser beiden gegensätzlichen Regeln und zugleich des Unmittelbarkeitsprincipes im Berufungsverfahren ist am übersichtlichsten mittels einer Analyse des Thatsachen- und Beweismateriales zu bestimmen, auf Grund dessen das Berufungsgericht in der Sache selbst entscheidet. Es setzt sich dieses Materiale ungefähr aus folgenden Bestandtheilen zusammen:

a) thatsächliche Anführungen, die im Verfahren erster Instanz durch Geständniß, Urkunden, strafgerichtliches Urtheil, einverständlichen Verzicht auf Beweismittel u. s. w. kraft Gesetz zu formalen Wahrheiten[1]) erhoben wurden;

b) die im erstrichterlichen Urtheile als erwiesen erklärten (festgestellten) thatsächlichen Anführungen;

c) die im erstrichterlichen Verfahren vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen und die in erster Instanz aufgenommenen Beweise, die zu einer Feststellung im erstrichterlichen Urtheile nicht geführt haben;

d) die im Berufungsverfahren neu hinzutretenden Formalisirungen nach Art der unter a) bezeichneten, und endlich

e) die neuen thatsächlichen Anführungen und Beweise der mündlichen Berufungsverhandlung, im gesetzlich zulässigen Umfange (§. 482, Abs. 2).

Was kraft Gesetz als Urtheilsgrundlage angenommen werden muß (a und d), ist bis auf den Fall des Widerrufs eines Geständnisses (§. 266, Abs. 2) der Wahrheitsbeurtheilung des Berufungsgerichtes begreiflich entzogen. Ebenso die thatsächlichen Fest-

---

[1]) Dieser herkömmliche, landläufige Terminus wird hier nur des leichteren Verständnisses halber gebraucht, unter rückhaltloser Anerkennung der Richtigkeit dessen, was O. Bülow, Das Geständnißrecht, S. 223 ff., nicht blos dem Ausdrucke, sondern der herrschenden dogmatischen Auffassung des gerichtlichen Thatsachengeständnisses entgegenhält. Nach Bülow ist dieses Geständniß nicht Bewahrheitung, Feststellung oder Wahrheitsersatz, sondern „die zugestandene Parteibehauptung ist die rechtshinlängliche, von der Wahrheit oder dem Fürwahrhinnehmen der zugestandenen Thatsache unabhängige Urtheilsgrundlage“ (S. 225).

stellungen des erstrichterlichen Urtheiles (b), soferne sie nicht durch die geltend gemachten Berufungsgründe berührt werden. Der Berufungsgrund berührt sie aber, wenn Berufung erhoben wird, weil diese Feststellungen auf unzutreffender Beweiswürdigung beruhen, oder wenn der Vorwurf unrichtiger Beweiswürdigung wenigstens in der Consequenz des Berufungsgrundes liegt. Die angefochtenen thatsächlichen Feststellungen muß das Berufungsgericht, falls es sie meritorisch für erheblich hält, mit Hilfe der mündlichen Berufungsverhandlung und etwaiger Beweiswiederholung, Beweisergänzung u. s. w. unter Beobachtung aller Anforderungen der Unmittelbarkeit nachprüfen. Ohne directe oder indirecte Anfechtung tritt dagegen mit Erhebung der Berufung „Formalisirung" jener thatsächlichen Feststellungen für das Berufungsverfahren ein. Sie werden dadurch für das Berufungsgericht geradeso schlechthin bindend, wie die unter a) und d) erwähnten Anführungen. Neue thatsächliche Anführungen und Beweise (e) können nur nach denselben Regeln Urtheilsgrundlage werden, wie im Verfahren erster Instanz: durch Discussion in der mündlichen Verhandlung und je nach den Verhältnissen durch unmittelbare oder mittelbare Beweisaufnahme.

Betreffs des unter c) erwähnten Behauptungs- und Beweismateriales kommt es in erster Reihe auf den Berufungsgrund, dann auf die Auffassung des Berufungsgerichtes an. Es sind das — um mit den Worten des Gesetzes zu reden — die in den erstrichterlichen Proceßacten, nicht aber im Urtheile der ersten Instanz festgestellten, d. h. nur beurkundeten, nicht im Rechtssinne festgestellten Ergebnisse der erstrichterlichen Verhandlung und Beweisführung (§. 498, Abs. 1). Soferne diese Ergebnisse durch die Berufungsgründe berührt werden — was nach den früher angedeuteten Gesichtspunkten zu beantworten ist — muß sich das Gericht die Grundlagen für seine Entscheidung durch neue mündliche Verhandlung und eventuell Wiederholung oder Ergänzung der Beweisaufnahmen oder durch neue Beweisaufnahmen (§. 488) nach dem Vorbilde des Verfahrens erster Instanz schaffen. Was jedoch durch die Berufungsgründe nicht berührt wird, hat das Berufungsgericht unter der weiteren Voraussetzung seiner Ent-

scheidung zu Grunde zu legen, daß es nicht etwa durch die Berufungsverhandlung eine Berichtigung erfahren hat (§. 498, Abs. 1). In dieser Begrenzung steht demnach dem Berufungsgerichte freie Wahrheitsbeurtheilung selbst ohne das Fundament eines Berufungsantrages zu. Aber die freie Wahrheitsbeurtheilung ist hier insoferne eingeschränkt, als das Berufungsgericht nicht etwa alles, was ihm unter den bezeichneten Ergebnissen relevant scheint, von vorneherein zum Beweis verstellen darf. Es kann vielmehr die freie Wahrheitsbeurtheilung nur mit Hilfe der sonstigen (Verhandlungs- und Beweis-) Ergebnisse der Berufungsverhandlung vornehmen und daher auch nur, so weit es durch diese Verhandlung zu Zweifeln an der Wahrheit jener Ergebnisse veranlaßt wird. Auch diese sozusagen abgeleitete freie Wahrheitsbeurtheilung erfordert Unmittelbarkeit, denn sie darf nach dem Gesetze nur mittels Verwerthung der Berufungsverhandlung geschehen. Diese Befugniß besitzt das Berufungsgericht also nicht, wenn über die Berufung meritorisch ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (§. 492).

Die Stellung des Berufungsgerichtes zu den einzelnen Gruppen des Thatsachen- und Beweismateriales ist demnach eine verschiedenartige. Das muß auch in der Entscheidung formell zum Ausdrucke kommen. Das Berufungsgericht dürfte sich — wie bemerkt — in seinem Urtheile nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung aussprechen, die im erstrichterlichen Urtheile festgestellt erscheint (b) und durch einen Berufungsgrund nicht getroffen wird. Derartige Aeußerungen sind nach dem Gesagten nur zulässig: hinsichtlich der vom Berufungsgrunde getroffenen thatsächlichen Feststellungen (b), hinsichtlich der unter e) angeführten Behauptungen, ferner hinsichtlich der unter c) erwähnten Ergebnisse der erstrichterlichen Verhandlung und Beweisführung, die entweder durch den Berufungsgrund berührt sind oder durch die Berufungsverhandlung eine Berichtigung erfahren haben, und endlich wenn ein in erster Instanz abgelegtes Thatsachengeständniß in der Berufungsverhandlung widerrufen wurde.

5. **Revisionsverfahren.** Das Revisionsverfahren liegt jenseits des Herrschaftsbereiches des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, wenngleich

für die Parteivorträge gelegentlich noch die Unmittelbarkeit aufleuchten kann, weil das Revisionsgericht mündliche Verhandlung anordnen darf (§. 509, Abs. 2). Die thatsächlichen Feststellungen, die nothwendig sind, um über die Nichtigkeit der Berufungsentscheidung oder über die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (§. 503, Z. 1 und 2) ein Urtheil abzugeben, gestattet das Gesetz auf Grundlage der durch Erhebungs- oder Beweisaufnahmeacten unterstützten Proceßacten vorzunehmen (§. 509, Abs. 3). Darüber hinaus, insbesondere betreffs des eigentlich meritorisch wichtigen Sachverhaltes ist die Revisionsinstanz — die Vorschrift des §. 503, Z. 3 einstweilen vorbehalten — zunächst schon der mangelnden Unmittelbarkeit wegen zu selbstständigen thatsächlichen Feststellungen nicht befugt.[1]) Vergebens, in dieser Regel Lücken entdecken zu wollen. Zum Beispiel zu Gunsten von thatsächlichen Umständen, die dem Revisionsgerichte relevant erscheinen, von den unteren Instanzen jedoch nicht festgestellt wurden. Es wäre das eine Ausnahme gewissermaßen kraft höherer Gewalt des inneren Bedürfnisses, dem zu widerstehen das Gesetz zu schwach ist, das sich dem Gesetze zum Trotze durchringt. Ein solches Naturrecht der Revision ist zu leugnen. Noch immer bethört uns die Erinnerung an die frühere Totalüberprüfung des Streitfalles durch die Revisionsinstanz. Im Geiste des Vergangenen frägt man sich bei jeder Verwicklung sofort: wie kann das Revisionsgericht helfen, während es doch Sache einer richtigen Fassung und Combinirung der Berufungs- und der Revisionsanträge ist, dem Rechtsmittelgerichte den Blick in die volle Breite und Tiefe des Streitfalles zu erschließen. Sollte ein einzelner Punkt ungeachtet richtiger Strategie wegen der dem Antrags- oder Beschwerderechte im Gesetze gezogenen Schranken der Nachprüfung unzugänglich sein, so muß es dabei sein Bewenden haben. Der einzelne Fall wird dann den größeren, allgemeinen Vortheilen der Regel geopfert. Es gibt keinen Rechtssatz, der nicht solche Opfer fordert, weil es

[1]) Die nähere Begründung siehe in meinem Aufsatze: Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1899, S. 73 ff. Ueber die Mittelbarkeit des Revisionsverfahrens vgl. a. a. O., S. 74 (III) und 77 (VII).

keinen Durchschnitt gibt, ohne das Ueberragende zu verkürzen, dem Größeren unrecht zu thun. Vermißt das Revisionsgericht bei einer Revision nach §. 503, Z. 4 thatsächliche Feststellungen, die es nach seiner Auffassung brauchen würde, im Berufungsurtheile, so heißt es eben den Standpunkt des Revisionswerbers acceptiren, der, indem er die Revision nur auf §. 503, Z. 4 gründet, sich mit dem Sachverhalte des Berufungsurtheiles einverstanden erklärt, Entscheidung über seine Revisionsanträge auf dieser Basis begehrt.[1]) Das Gesetz hätte sein eigenes Werk vernichtet, würde es der Revisionsinstanz die Ermächtigung gegeben haben, die aus der unmittelbaren Verhandlung und eventuell unmittelbaren Beweisaufnahme entsprungenen thatsächlichen Feststellungen nach den Acten abzuändern oder neben die von der Unmittelbarkeit getragenen Feststellungen thatsächliche Feststellungen mittels der Acten als gleichberechtigt und gleichwertig hinzustellen. Das hätte weit ärgere Folgen gehabt und hätte viel universeller nachtheilig gewirkt, als wenn wegen der gewiß seltenen Uebergehung relevanter Umstände in beiden unteren Instanzen das Revisionsgericht in einem einzelnen Falle gehindert ist, seine Rechtsansicht voll zur Geltung zu bringen.

Bei den Revisionsgründen des §. 503, Z. 1 und 2 kann es zu einer solchen Collision zwischen dem vermeintlichen Rechte des streitigen Verhältnisses und der formellen Proceßregel überhaupt nicht kommen. Die entbehrte thatsächliche Feststellung wird sich in der erneuerten Berufungsverhandlung regelmäßig nachholen lassen. Daß aber das Urtheil des Berufungsgerichtes nichtig und dennoch Zurückverweisung an die erste oder zweite Instanz rechtlich nicht möglich wäre, das ist ausgeschlossen. Rückverweisung kann zumal auch angeordnet werden, wenn etwa das Berufungsgericht das erstrichterliche Urtheil als nichtig aufgehoben und die infolge dessen nothwendige neue Verhandlung auf einverständlichen Antrag der Parteien gleich selbst durchgeführt hat (§. 478, Abs. 4). Die „neue Verhandlung" vor dem Berufungsgerichte wird sich allerdings in Einigem von der Berufungsverhandlung unterscheiden, für das

[1]) Vgl. meinen Aufsatz, a. a. O., S. 78.

Verhältniß zwischen Revisions- und Berufungsinstanz ist jedoch ein solches Arrangement belanglos. So wenig das Berufungsgericht dadurch Gericht erster Instanz wird — es verhandelt nur anstatt des Gerichtes erster Instanz — ebenso wenig übergehen deshalb die Befugnisse der Berufungsinstanz auf das Revisionsgericht. Das Verfahren vor dem Berufungsgerichte ist auch in diesem Falle, ungeachtet der Erweiterung durch die neue Verhandlung, als Berufungsverfahren im Sinne des §. 503, Z. 2 und das Urtheil als Urtheil des Berufungsgerichtes im Sinne des §. 503, Z. 1 anzusehen. Die Parteien, die ein solches Uebereinkommen treffen, haben damit zu rechnen, daß sie gegen das neue Urtheil des Berufungsgerichtes nur mehr das Rechtsmittel der Revision mit allen seinen gesetzlichen Beschränkungen zur Verfügung haben.

Das Revisionsgericht ist nun aber auch berechtigt, von einer thatsächlichen Voraussetzung des Berufungsurtheiles wegen Widerspruches mit den Proceßacten abzuweichen (§. 503, Z. 3). Genau besehen ist nicht einmal dies eine volle Ausnahme von der früher ausgesprochenen Regel des Revisionsverfahrens; wenigstens ist sie es nicht immer. Revisionsgrund nach Z. 3 ist es, wenn das Berufungsgericht sich — kurz gesagt — betreffs des Beweisergebnisses geirrt hat. Eine bestimmte Behauptung wird als durch die Aussage der vernommenen Zeugen oder Parteien, durch ein Sachverständigengutachten oder durch eine Urkunde bewiesen erklärt, während nach den Acten die Zeugenaussage u. s. w. oder die Urkunde über diesen Umstand gar nichts enthält oder das Gegentheil bestätigt. Das Revisionsgericht hat blos die Actenwidrigkeit zu constatiren, zu berichtigen und daraus die weiteren Consequenzen für die Entscheidung zu ziehen, sofern der Irrthum überhaupt juristisch relevant ist. Es wird das Beweismittel mit den von der Berufungsinstanz anerkannten Beweisgründen und mit der ihm beigelegten Beweiskraft übernommen und nur richtiggestellt, daß der Actenlage zufolge der vom Berufungsgerichte bezeichnete Beweiseffect nicht der Behauptung A, sondern der Behauptung non A oder B gebührt. Die Beweiswirkung ist durch einen Irrthum sozusagen nach einer falschen Richtung abgelenkt

worden. Das Revisionsgericht leitet sie wieder, ohne sich mit den inneren Voraussetzungen dieser Wirkung zu befassen, auf den rechten Weg. Das gesammte Materiale, das für den Revisionsgrund nach Z. 3 in Frage kommt, ist das Urtheil des Berufungsgerichtes und die Proceßacten (Urkunden oder Beurkundungen von Aussagen). Die Vergleichung beider gibt sowohl das Mittel, um über die Stichhältigkeit dieses Revisionsgrundes zu entscheiden, wie um der begründet befundenen Revision durch Reformirung des Berufungsurtheiles zu entsprechen. Im obigen Beispiele wird das Revisionsgericht den Umstand, den das Berufungsgericht als bewiesen hinstellt, als nicht bewiesen erklären und darnach das Parteibegehren (Klagebegehren, Antrag des Beklagten) abweisen müssen, dem — auf jene Umstände gestützt — irrthümlich stattgegeben wurde. Ebenso ist vorzugehen, wenn das Berufungsgericht Umstände als zugestanden dem Urtheile zu Grunde gelegt hat, während nach den Acten der Gegner die betreffenden Anführungen bestritten hat. In keinem der beiden Fälle kommt es, wie man sieht, zu einer selbstständigen Wahrheitsprüfung des Revisionsgerichtes.

Anders verhält es sich, falls das Berufungsgericht unter Beziehung auf die Ergebnisse bestimmter Beweise eine Behauptung als nicht erwiesen erklärt, während aus den Acten das Gegentheil zu entnehmen ist. Die Zeugen, Sachverständigen oder Parteien haben bei ihrer Vernehmung den Umstand ohne Schwanken bestätigt, die Urkunde spricht sich darüber klar aus. Ist hier der Revisionsgrund der Z. 3 überhaupt anwendbar? Zweifel ruft sowohl der Wortlaut des Gesetzes hervor, der nur auf eine affirmative Feststellung zu passen scheint,[1]) wie die Schwierigkeit, ohne Unmittelbarkeit die Verneinung des Berufungsgerichtes durch die entgegengesetzte affirmative Feststellung zu verdrängen. Nach den erläuternden Bemerkungen zur Civilproceßordnung[2]) umfaßt jedoch der Revisionsgrund der Z. 3 alle Fälle, in welchen „ein nach Meinung des Beschwerdeführers bei der Feststellung des that-

[1]) „3. weil dem Urtheile des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkte eine thatsächliche Voraussetzung zu Grunde gelegt erscheint, welche mit den Proceßacten .... in Widerspruch steht."

[2]) Materialien, I. S. 360.

sächlichen Ergebnisses des Rechtsstreites angeblich unterlaufener Irrthum unmittelbar mit Hilfe der Proceßacten und deren Inhalt selbst constatirt und behoben werden kann." Es wird also in erster Linie darauf ankommen, wie die scheinbar unzutreffende Wahrheitsbeurtheilung des Berufungsgerichtes zu erklären ist. Es muß fraglos ein blanker Irrthum des Berufungsgerichtes vorliegen; die nach den Acten überraschende Feststellung darf nicht auf einer bestimmten, nur flüchtig oder unzureichend begründeten Ansicht über das Beweisergebnis beruhen. Sowie ein — wenngleich verfehlter — Gedankenzusammenhang zwischen dem Ausfall der Beweisaufnahme und der Feststellung im Urtheile besteht, oder sowie auch nur wahrscheinlich ist, das Gericht habe mit Wissen und Absicht die thatsächlichen Voraussetzungen als nicht erwiesen bezeichnet, ist die Anwendung des Revisionsgrundes der Z. 3 ausgeschlossen, mag die Wahrheitsbeurtheilung des Berufungsgerichtes noch so augenscheinlich anfechtbar sein. Das zweite maßgebende Moment ist dann, ob das unterlaufene Versehen mit Hilfe der Proceßacten verläßlich sanirt werden kann. Ein ebenso gutes und sicheres Resultat wie bei mündlicher Verhandlung und unmittelbarer Beweisaufnahme wird natürlich selten zu erreichen sein, aber die Acten müssen doch gestatten, jenem Resultate recht nahe zu kommen. Das wird namentlich möglich sein, wenn die Aussagen der vernommenen Personen entschieden zu Gunsten eines Umstandes lauten oder die Urkunde ihn bestimmt bestätigt, oder wenn mehrere Beweise übereinstimmend die Behauptung bekräftigen. Je zurückhaltender, unsicherer die Aussagen oder je mehr Widersprüche die vorliegenden Beweisaufnahmen in wesentlichen Punkten zeigen, desto mehr wird das Revisionsgericht Bedenken tragen, den Rechtsspruch letzter Instanz darauf zu gründen. Hier nimmt das Revisionsgericht allerdings stets einen Act selbstständiger Beweisprüfung und Wahrheitsbeurtheilung vor. Das ist die einzige wirkliche Ausnahme vom allgemeinen Princip des Revisionsverfahrens. Doch erstreckt sich diese Beweisprüfung und Wahrheitsbeurtheilung nicht über die bestimmte Feststellung und über diejenigen Beweise, auf Grund deren das Berufungsgericht die Wahrheit des Umstandes verneint hat. Darum wird die Partei,

die — auf §. 503, Z. 3 gestützt — Revision erhebt, daran denken müssen, ob in concreto nach der Actenlage der Revisionsgrund der Actenwidrigkeit für sich genügt, um die erstrebte Reformation des Berufungserkenntnisses zu erreichen, namentlich, ob nicht damit der Berufungsgrund der Z. 2 verbunden werden muß, um durch Beweisaufnahmen den nöthigen positiven Ersatz für die zu eliminirende falsche thatsächliche Feststellung zu schaffen.

Die Erwägung, ob die Proceßacten hinreichende Mittel zur Beseitigung des Irrthums gewähren, fällt weg, wenn das Berufungsgericht im Widerspruch zu den Proceßacten ein Thatsachengeständniß in seinem Urtheile übergeht, ungeachtet dieses Geständnisses einen thatsächlichen Umstand als bestritten und nicht erwiesen erklärt. Sonst ist diese Complication wie der zuletzt besprochene Irrthum hinsichtlich des Beweisergebnisses zu behandeln.

Ein Widerspruch zwischen Berufungsurtheil und Proceßacten kann sich endlich auch an die Beweisgründe ansetzen. Nach den Motiven des Berufungsurtheiles hat z. B. das Gericht eine bestimmte, relevante Behauptung als wahr oder als nicht wahr angenommen, weil ein Zeuge oder die Partei bei ihrer Vernehmung in einem gewissen Sinne aussagte. Nach der protokollarischen Beurkundung der Aussage, die bei den Acten liegt, ist dies jedoch nicht richtig, die Aussage lautet wesentlich anders. Ebenso können die für die Ueberzeugung des Gerichtes als maßgebend angeführten Umstände mit dem Inhalte einer bei den Proceßacten liegenden Urkunde oder eines schriftlichen Sachverständigengutachtens divergiren. Wegen solcher Actenwidrigkeiten ist Revision nach §. 503, Z. 3 nicht zulässig. Der Widerspruch muß nach dem Gesetze das Beweisthema, die relevante Proceßbehauptung selbst betreffen; der einzelne Beweisgrund ist keine dem Urtheile des Berufungsgerichtes „zu Grunde gelegte thatsächliche Voraussetzung". Außerdem würde die Einbeziehung der Beweisgründe zu Consequenzen führen, die mit der Anlage des Revisionsverfahrens schlechthin unvereinbar wären. Mit dem entscheidenden Beweisgrunde müßte nothwendig die dadurch motivirte Feststellung stürzen. Da aus den Acten hier nur das Gegentheil des Beweisgrundes, nicht aber die Wahrheit über das Beweis-

thema selbst zu entnehmen wäre, so würde ein Vacuum entstehen, das auszufüllen die Revisionsinstanz nur dann im Stande wäre, wenn sie über die Beweismittel disponiren, neue Beweisaufnahmen, Wiederholung von Beweisaufnahmen u. s. w. verlangen könnte. Ein Zwang, den Ausfall immer aus den Proceßacten zu ersetzen, wäre ethisch und juristisch undenkbar und thatsächlich meist unausführbar. Ein die Beweisgründe betreffender Widerspruch läßt sich deshalb der Vorschrift des §. 503, Z. 3, nicht unterstellen.

Von diesem Excurs in das Gebiet des Revisionsverfahrens, der mit der Unmittelbarkeit allerdings nur lose zusammenhängt, wieder zur letzteren zurückkehrend, ist zum Schlusse noch auf Folgendes hinzuweisen:

Eine laue Anwendung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes — in welcher Beziehung immer sie sich zeigen würde — wäre ein bedauerliches Zeichen geistiger Genügsamkeit. Wir dürfen nicht freiwillig auf den Gebrauch der schärferen, tiefer eindringenden Forschungsmittel anspruchslos verzichten und uns mit stumpfen, schwachen Werkzeugen zufriedengeben, nicht im Dämmerlichte verharren, wo wir die volle Helle des Tages haben können. Lieber das letzte Hinderniß niederreißen, das sich dem Einströmen, dem Erkennen des Wahren entgegenstellt, als solche Bescheidenheit! Sie würde kein Lob ernten. Weit eher würde sie den Anschein von Interesselosigkeit, Gleichgiltigkeit für die anvertraute Richteraufgabe erwecken, wie Scheu vor den Mühen des Wahrheitsfindens sich ausnehmen. Der schriftliche Proceß, das Dogma, daß der Staat am Gegenstande des Civilstreites kein Interesse habe, und die darauf gegründete strenge Verhandlungsmaxime haben in dieser Hinsicht aufs Ungünstigste gewirkt. Dem interesselosen Staate hat sich das Organ der staatlichen Rechtsprechung, der interesselose Richter, nachgebildet. Die ausschließliche Disposition der Parteien nährte im Richter eine fast abergläubische Scheu vor jedem Eingreifen zu Gunsten der Wahrheitsermittlung, und, offen gesagt: um auf Grund dessen, was dem Richter gewöhnlich in den Proceßschriften dargeboten wurde, zu urtheilen, konnte er in der That seine intellectuellen Bedürfnisse nicht tief genug herabstimmen. Mit allem dem ist es nun aber

vorüber, und deshalb muß auch die Psychologie des alten Processes ein Ende haben. Der Richter des neuen Processes kann kaum je zu sehr wißbegierig und thatkräftig sein, wenn er den Anforderungen entsprechen will, die man an die Rechtsprechung heute stellt und in Zukunft noch weit mehr stellen wird. Denn wie in aller geistigen und technischen Thätigkeit gibt es auch in der Rechtsprechung ein stetes Fortschreiten: die Rechtsprechung, mit der sich frühere Jahrhunderte abfanden, erscheint uns heute oft unzureichend und unbefriedigend. Dafür hat jüngst Stölzel lehrreiche und interessante historische Belege beigebracht.[1]) Nichts, was bei dieser wachsenden Schwierigkeit die Aufgabe der Rechtsprechung mehr fördert und unterstützt, als die Unmittelbarkeit. Sie muß daher — zunächst, wenn nöthig, selbst gegen unsere eigene Natur — mit aller Verve im vollen Ausmaße des Gesetzes zur Geltung gebracht werden. Ihr Culminationspunkt und auch die werthvollste Form der Unmittelbarkeit ist die regelmäßige persönliche Betheiligung der Parteien an der mündlichen Verhandlung. Das sagt jedem Richter die eigene Erfahrung. Die Häufigkeit der persönlichen Betheiligung der Parteien hängt nicht allein vom Willen des Richters ab; es spielen bekanntlich auch andere Momente mit. Aber die größere oder geringere Häufigkeit wird trotzdem meistens einen ziemlich sicheren Maßstab dafür geben, in welchem Grade der Richter den Gedanken der Unmittelbarkeit in sich aufgenommen hat und von allen ihren Anforderungen sich hat durchdringen lassen. Wo die aus der vollsten Wirklichkeit des Lebens schöpfenden Parteien einmal zu sprechen begonnen haben, da werden sich die übrigen Unmittelbarkeitspostulate in der Regel schon durch den grellen Abstand Berücksichtigung erzwingen, der sonst zwischen den Parteierklärungen und den Beweisaussagen oder zwischen dem auf Grund der mündlichen Verhandlung und dem auf Grund der Verhandlungsacten urtheilenden Richter bestehen würde.

[1]) Rechtslehre und Rechtsprechung, 1899, S. 5 ff.

III.

Die Proceßleitung.

Die Proceßleitung ist mehr als jede andere proceßrichterliche Function Ermessenssache: das Gesetz spricht hier fast immer vom Können und Dürfen. Es muß so sein, denn die Proceßleitung hat das Verfahren der Beschaffenheit und den Bedürfnissen der einzelnen Streitsache thunlichst eng anzuschmiegen. Feste Regeln wären das größte Hinderniß dafür. Unser früheres Verfahren zeigte die Nachtheile einer starr programmatischen, gesetzlichen Vorausbestimmung des Proceßganges deutlich genug. Von dem in der Civilproceßordnung adoptirten entgegengesetzten System dürfen wir zwar die Lebendigkeit und Beweglichkeit des Verfahrens, seine Knappheit und strenge Zweckbestimmtheit erhoffen, aber die Proceßleitung empfängt dadurch auch nothwendig eine stark persönliche Prägung. Wie der Mensch, so die ihm anvertraute Proceßleitung, und es ist keine Uebertreibung, man kann es ganz gut aussprechen: Zeige mir, wie deine Proceßleitung ist, und ich werde dir sagen, wer, was und wie du bist. Die Proceßleitung hat naturgemäß anfangs neben der alteingelebten Passivität und neben dem Hang zum Ruhen, dem Zagen vor Initiative oder vor Uebernahme einer Verantwortlichkeit, das vom früheren Processe her im Blute steckt, einen schweren Stand. Aber wie das viele Gute beweist, das sich an allen Orten findet, befreit sie sich täglich mehr vom Zwange der ererbten hemmenden Vorstellungen, begreift ihren neuen großen Beruf und sieht ein, daß, um erfolgreich zu individualisiren, die Proceßleitung stets — wenn man sagen darf — tendenziös, absichtlich und zweckbewußt sein

muß. Schon bei dem Primitivsten der Proceßleitung, der Anberaumung und Erstreckung der Tagsatzungen, beginnt dies. In allem dem ist im Vergleich zu den früheren Zuständen Vieles unstreitig besser geworden. Aber gerade deshalb muß die Praxis die Festigkeit und Spannkraft besitzen, vor Rückfällen in die — schon heute kaum mehr begreiflichen — Sinn- und Gedankenlosigkeiten der früheren Uebung sich zu bewahren.

1. Tagsatzungen und Fristen. Die Tagsatzungen zur Verhandlung über die Klage — erste Tagsatzungen und Tagsatzungen zur Streitverhandlung — müssen dem Proceßzwecke gemäß auf kurze Zeit angeordnet werden. Die Bestimmung eines recht nahen Termines wird manchmal an der Geschäftsconstellation, die bei demselben Richter oft wechselt, manchmal sogar am Stande des Ausfertigungs- und Expeditionsgeschäftes scheitern. Aber selbst wo man diese leidigen Stauungen zeitweilig erdulden muß, wird bei Anberaumung der Tagsatzungen immer sorgfältig auf die Art und die Eigenheit des Falles zu sehen sein. Der Tag der Tagsatzung kann sich nothgedrungen hinausschieben, aber es darf bei seiner Festsetzung nie mechanisch vorgegangen werden. Um eben jeder Sache gerecht werden zu können, hat das Gesetz für die Anberaumung von Tagsatzungen überall nur ungefähre Zeitmaße bestimmt. Der Richter muß deshalb schon bei der ersten Erledigung der Klage sich mit deren Meritum befassen. Denn soll die Sache gut zu Ende geführt werden, so muß schon der Anfang, die Grundlage, die erste Erledigung richtig berechnet sein. Und ebenso alle ferneren Schritte; kein einziger darf nur förmlich sein. Was immer der Richter verfügt und beschließt, soll der bestimmten Sache genau angepaßt, ihr angemessen und dadurch wirklich zweckdienlich sein. Darin besteht das Leiten des Processes.

Auch die vierzehntägige Frist für die Anberaumung der ersten Tagsatzung (Einlassungsfrist) im Gerichtshofsverfahren (§. 231) ist nur ein neutraler Durchschnitt. Die Tagsatzung ist im einzelnen Falle nach den besonderen Verhältnissen der Parteien und nach den Bedürfnissen des Rechtsschutzes diesseits oder jenseits dieses Normalpunktes anzuberaumen. Je dringender die Ordnung des ausgebrochenen Zwiespaltes, je vergänglicher die Beweise, je einfacher

allem Anscheine nach das Streitverhältniß, je näher der Wohnort der Parteien, umsomehr muß die Anberaumung der Tagsatzung unter jene Frist herabgehen. Wo nichts vorliegt, das nach der einen oder anderen Seite den Ausschlag gibt, da ist ungefähr die vierzehntägige Frist einzuhalten. Die Beachtung der concreten Umstände setzt nicht etwa einen Parteienantrag voraus. Diese Ueberlegung gehört nun zu den Amtspflichten des Richters. Nur kann die Partei, die betreffs der Zeit der Tagsatzung bestimmte Wünsche hat, dem Gerichte die Aufgabe sehr erleichtern, indem sie in ihrem Schriftsatze die individuellen Verhältnisse kurz andeutet, die ihrer Ansicht nach bei der Wahl des Tagsatzungstages mitbestimmend sein müßen. Es wäre demnach beispielsweise kaum zu billigen, wenn in Folge von Einwendungen gegen eine Kündigung, die Mitte eines Monates angebracht werden, die Tagsatzung zur Verhandlung erst auf die Mitte des nächsten Monates angeordnet würde, oder wenn Postzustellungen nach etwas entfernteren Orten generell zum Anlasse für vier- oder fünfwöchentliche Einlassungsfristen genommen würden. Sobald einmal über die Zustellung nach den einzelnen wichtigsten Routen ein Ueberblick gewonnen ist, muß sich die Tagsatzungsanberaumung dem anfügen. Der Richter hat bei diesem unscheinbaren Acte geradeso seine sämmtlichen Kenntnisse zu benützen, wie beim Urtheile selbst. Die Anberaumung der Tagsatzung als ein nebensächliches Ding zu betrachten, wäre schon aus dem einen Grunde durchaus falsch, weil die Promptheit der Gewährung des Rechtsschutzes, also der Rechtspflegezweck selbst offenbar davon abhängt. Daher würde auch ein Richter das innere Gefüge des Processes vollständig verkennen, der die Bestimmung des Tagsatzungstermines seiner Kanzlei überlassen wollte: denn es ist dies ein wichtiger, weittragender Judicaturact, kein gleichgiltiger Act äußerlicher Geschäftsgebarung.

Unter der Voraussetzung, daß die Anberaumung der Tagsatzungen nach den Anforderungen der einzelnen Rechtssache geschieht, wird man in dem Vorkommen ungleich langer Einlassungsfristen keinen Fehler erblicken können. Dagegen ist es natürlich vom Werthe, daß die Tagsatzungen thunlichst nach gleichen Grundsätzen,

und zwar bei jedem Gerichte nach einheitlichen Grundsätzen angeordnet werden. Dazu bieten gemeinsame Besprechungen der Proceßrichter (§. 2 der Geschäftsordnung) über diese Grundsätze das Mittel. Falls für den Beklagten wegen unbekannten Aufenthaltes ein Curator bestellt werden muß (§. 116), kann es sich zwar rechtfertigen, eine längere Einlassungsfrist zu bestimmen, die dreißigtägige Frist für die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§. 115) ist jedoch dabei gar nicht maßgebend. Sie ist eine Frist für die Fiction der bewirkten Zustellung, bei Ernennung eines Curators gilt dagegen die Zustellung als vollzogen, wenn nach Anschlag des Edictes die Ladung dem Curator eingehändigt ist (§. 118, Abs. 1). Die dreißigtägige Frist hat somit hier weder für die Zustellung, noch für die Bestimmung der Tagsatzung irgend welche Bedeutung. Die Tagsatzung ist vielmehr mit Rücksicht auf den wahrscheinlichen Zeitpunkt der Zustellung an den Curator (§. 118, Abs. 1) anzuberaumen.

Die für die Anberaumung der ersten Tagsatzung dargelegten Grundsätze sind ebenso bei allen übrigen Tagsatzungsanordnungen im Processe zu beobachten. Wo Schriftenwechsel vorausgegangen ist, wird bei Bestimmung des Termines für die Streitverhandlung außer den für die Einlassungsfrist maßgebenden Momenten (S. 58 f.) noch zu berücksichtigen sein: die Menge des zu verarbeitenden Actenmateriales, die Nothwendigkeit, sich über die im letzten Schriftsatze enthaltenen Anführungen und Beweisanbietungen näher zu informiren, Gegenbeweise herbeizuschaffen u. s. w., und die Zeit, die dies braucht; bei besonders schwierigen Streitfällen wird unter Umständen selbst Art und Erforderniß der voraussichtlich nothwendigen juristischen Vorbereitung billig in Anschlag gebracht werden können. Aber immer liegt die Anberaumung der Tagsatzung „einschließlich der Festsetzung von Tag und Stunde der Tagsatzung“ nach dem Gesetze dem Gerichte ob (§. 130, Abs. 1) und ist nicht das gemeinsame Werk von Gericht und Parteien. Das Gericht dürfte sich deshalb niemals mit den Parteien in Präliminarien darüber einlassen, welcher Termin ihnen am gelegensten wäre, oder gar zur Wahl des Tages die Zustimmung der Parteien einholen.

Die vierwöchentliche Frist für die Beantwortung der Klage (§. 243) ist nicht eine Normalfrist, wie die Frist des §. 231, sondern eine Maximalfrist. Es kann also gegebenenfalls bei Festsetzung der Frist für die Klagebeantwortung im Gerichtshofsverfahren unter den vierwöchentlichen Zeitraum herabgegangen werden.

Bei Handhabung der Vorschriften über Tagsatzungs- und Fristerstreckungen und bei Beurtheilung der von den Parteien vorgebrachten Erstreckungsgründe ist einerseits mit Gewissenhaftigkeit das Vorhandensein des gesetzlichen Thatbestandes zu prüfen, andererseits aber auch die Beziehung der Beschlußfassung zum Zwecke der Justizpflege überhaupt und zu dem Zwecke, warum das Gericht im einzelnen Falle angerufen wurde, ins Auge zu fassen. Einen Unterschied in den Vorschriften der Civilproceßordnung zwischen solchen, die weniger oder mehr ernst sind oder weniger oder mehr ernst zu nehmen sind, gibt es selbstverständlich nicht. Die Erstreckungsvorschriften erheischen deshalb dieselbe stricte und unbeirrte Befolgung, wie alle anderen Gesetzesnormen. Umsomehr, als sich die Bestimmungen, die das Gesetz im §. 134, Z. 1 über die wichtigste Gruppe der Vertagungen aufstellt, gerade dadurch von den meisten übrigen Normen über die Proceßleitung unterscheiden, daß sie dem Richter kein freies Ermessen einräumen, ihn vielmehr auf die Thatsachensubsumtion beschränken. Durch ungenaue oder leichtherzige Thatsachensubsumtion sich ein Ermessen gegen das Gesetz zu usurpiren, muß aber als ganz ausgeschlossen gelten.

Aus dem Capitel der Erstreckungen sind folgende einzelne Punkte hervorzuheben:

a) Die sogenannten einverständlichen Erstreckungen (Vertagungen) sind verboten (§§. 134, Abs. 1; 135, Abs. 1). Sowohl als offene Erstreckungen kraft Wollens der Parteien, wie als maskirte, verschleierte einverständliche Erstreckungen. Letztere können in mannigfacher Gestalt auftreten. Insbesondere auch als Nachsehen der gegnerischen Versäumung, als einverständliche Wiedereinsetzung oder als Ersatz der richterlichen Untersuchung und Prüfung des Wiedereinsetzungsgrundes (§. 146) durch eine Art Anerkennung des Wiedereinsetzungsgrundes seitens des Gegners.

Alles dies ist durch die Civilproceßordnung verpönt. Der Wiedereinsetzungswerber hat immer die seinen Antrag begründenden Umstände anzuführen und die Mittel zu ihrer Bescheinigung anzugeben (§. 149). Wie sich der Gegner zu diesem Vorbringen verhält, ist für das Gericht nur im selben Maße und in derselben Weise von Belang, wie bei jeder sonstigen mündlichen Verhandlung (§§. 266, 272). Die einverständliche Wiedereinsetzung oder die Wiedereinsetzung, weil der Gegner den Wiedereinsetzungsgrund für gerechtfertigt erklärt, wäre deshalb gerade ein so arger Verstoß gegen das klare Gesetz, wie die offene einverständliche Erstreckung. Ihre Verwendung in fraudem legis zum Erwirken einer Erstreckung würde nur noch die Verantwortlichkeit des Gerichtes steigern, indem sie eine Art Idealconcurrenz begründet.

b) Vertagungen von Amtswegen (§. 134, Z. 2) sind aufs Aeußerste einzuschränken. Wegen „vorgerückter Amtsstunde" oder wegen „Ablauf der Amtsstunden" u. ä. sollen derlei Vertagungen innerhalb der üblichen Arbeits- und Geschäftszeiten überhaupt nicht stattfinden. Das Gericht muß immer am Platze sein. Alles Andere kann die Rechtsprechung hindern, das Gericht selbst soll sie nie hindern, nie aufhalten, denn Rechtspflege in jedem Momente ist seine Aufgabe. Ausnahmsweisen, besonderen, unabwendbaren Verhinderungen will das Gesetz durch den Erstreckungsgrund des §. 134, Z. 2 Rechnung tragen: diese Norm außerhalb ihres strenge aufzufassenden Thatbestandes verwenden, wäre mit den Pflichten des richterlichen Amtes kaum im Einklange.

Bei allen in mündlicher Verhandlung beschlossenen Vertagungen sind die für das Gericht maßgebenden Vertagungsgründe im Verhandlungsprotokolle zu beurkunden.

c) Wo berechtigte Vertagungsgründe vorliegen, soll das Gericht stets bestrebt sein, die nachtheiligen Wirkungen des Vertagungsgrundes auf das unerläßliche Minimum einzuengen. Dem Vertagungsgrunde darf nicht ein zu weitgehender Effect zugestanden werden. Das würde vor Allem dadurch geschehen, daß die Vertagung auf zu lange Zeit bewilligt wird. Nach dem Gedanken der Proceßleitung ist auch dieser Zeitraum genau nach den Anforderungen des einzelnen Falles zu bemessen. Es wäre

gleichgiltig, ob der Rechtsschutzzweck durch unrichtige Anberaumung der ersten Tagsatzung oder durch unangemessene Vertagungen gehindert oder vereitelt wird. Darin zeigt sich der große Nutzen der einheitlichen teleologischen Auffassung des ganzen Processes, daß man in dem immer leicht erkennbaren wirthschaftlichen oder socialen Endzwecke des Processes für alle Zwischenfälle und Glieder des Verfahrens einen verläßlichen Wegweiser und Warner neben sich hat. Diese Auffassung erspart Grübeln und Irren, und für viele zweifelhafte Complicationen gibt sich dann die Lösung sozusagen ungerufen. Namentlich bei Vertagungen von amtswegen dürfen keine übermäßig langen Erstreckungen verfügt werden. Erstreckungen oder Vertagungen auf unbestimmte Zeit sind nach dem Gesetze nicht zulässig.

In anderer Form würde die gleiche Wirkung, wie durch zu weite Ausmessung der Vertagungsfristen erzielt, wenn gegen die Vorschrift des §. 137 Tag und Stunde der neuerlichen Tagsatzung nicht gleich bei der Verhandlung selbst den Parteien mündlich bekanntgegeben würde, sondern das Gericht sich die Entscheidung über den Vertagungsantrag vorbehält und die Parteien davon mittels schriftlicher Beschlußausfertigung benachrichtigt. Das wäre nur dort gerechtfertigt, wo sich der sofortigen Beschlußfassung ein ernstliches Hinderniß entgegenstellt. Wie soll das Gericht auf Grund der mündlichen Verhandlung Urtheil fällen, wenn es sich nicht stark genug fühlt, über einen Vertagungsantrag sogleich zu entscheiden? Solche bestenfalls historische Eigenthümlichkeiten heißt es bekämpfen, wo man sie trifft: bei anderen und bei sich selbst. Daher ist ein derartiger Vorbehalt auch bei anderweitigen Beschlußfassungen thunlichst zu vermeiden. Bei diesen wäre übrigens noch eine Variante denkbar, vor der auch gewarnt werden müßte: Vertagung der Verhandlung zum Zwecke der Zustellung schriftlicher Ausfertigung von Beschlüssen, die bei der mündlichen Verhandlung gefaßt wurden (§. 426).

d) Sowie vertagt wird, darf niemals unterlassen werden, zugleich von amtswegen alle Verfügungen zu treffen, die erforderlich sind, um die Streitsache bei der nächsten Tagsatzung erledigen zu können (§. 181).

e) Durch die zum Theil gleiche Wirkung steht mit den Vertagungen auch Folgendes im Zusammenhange: Die Anberaumung einer ersten Tagsatzung im technischen Sinne (§. 239) ist im bezirksgerichtlichen Verfahren dem Ermessen des Richters überlassen (§. 440, Abs. 1). Sie ist auch in Bagatellsachen keineswegs principiell unzulässig. Namentlich bei starkem Geschäftsandrange, der eine große Anzahl von Sachen auf denselben Termin anzusetzen zwingt, wird die abgesonderte erste Tagsatzung sehr häufig das Rationellere sein. Abgesehen davon, daß man weder den Parteien, noch deren Vertretern zumuthen kann, sich die Zeit für die mündliche Streitverhandlung vielleicht vergeblich freizuhalten und die Behelfe für die mündliche Streitverhandlung wiederholt bereitzustellen, würde sich die Möglichkeit, daß die anberaumte Streitverhandlung wegen anderer Rechtssachen nicht abgehalten wird, für den Ernst der Vorbereitung zur mündlichen Verhandlung und für die moralischen Factoren der Verhandlungsconcentrirung schädlich erweisen. Bei den ländlichen Bezirksgerichten ist das vor allem deshalb anders, weil mit der größeren Entfernung der Parteien vom Gerichtssitze zu rechnen ist und den Parteien thunlichst die Nöthigung erspart werden soll, den weiten Weg zu Gericht in derselben Angelegenheit mehrere Male zurückzulegen. Deshalb werden bei ländlichen Bezirksgerichten abgesonderte erste Tagsatzungen in der Regel nur bei Klagen wegen Geldforderungen anzuordnen sein, die nach ihrem Inhalte und nach der Persönlichkeit der den Gerichten bekannten Parteien kaum zu einem Processe führen dürften.

Mit Zustimmung der Parteien, die im Protokolle zu beurkunden ist, kann im bezirksgerichtlichen Verfahren bei der ersten Tagsatzung im technischen Sinne sogleich zur mündlichen Streitverhandlung übergegangen werden.

Zur Erstreckung erster Tagsatzungen wird wegen des engbegrenzten Verhandlungsstoffes nur höchst selten begründeter Anlaß vorliegen.

f) Der Beschluß, der eine bei der Tagsatzung beantragte Erstreckung verwirft, ist selbstständig anfechtbar, wenngleich dem Recurse aufschiebende Wirkung fehlt (§. 136, Abs. 2). Weil die

Partei ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluß hat, ist er ihr in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§. 426, Abs. 1). Wird jedoch der Proceß bei derselben Tagsatzung, bei welcher der Vertagungsantrag abgelehnt wurde, durch Urtheil beendet, so wird der Beschluß über den Erstreckungsantrag besser in die Urtheilsausfertigung, als Anhang zum Urtheilsspruch, aufgenommen; z. B. in der Fassung: „Der von der Partei bei der Tagsatzung gestellte Vertagungsantrag wurde abgelehnt." Es wird dies, von der Vereinfachung abgesehen, schon deshalb zweckmäßig sein, weil der Beschluß in solchen Fällen ohnehin nur mittels der Berufung (§. 462, Abs. 2) angefochten werden kann.

Von den (unzulässigen) Vertagungen zum Zwecke des Austausches vorbereitender Schriftsätze im bezirksgerichtlichen Verfahren wird gelegentlich der Besprechung der Schriftsätze die Rede sein.

2. **Sachleitung.** Die Proceßleitung muß sich von dem Quietismus der früheren Proceßpolitik auch in Bezug auf den Inhalt der Streitsache und den Proceßstoff abkehren. Einfaches ist, wie es der natürlichen Anschauung entspricht, einfach abzuthun; die zwecklosen Umständlichkeiten und Umwege, die nur daraus entsprangen, daß der Richter nicht selbst handeln durfte, erläßt uns das neue Verfahren. Denn jetzt haben auch die Richter auf der Proceßbühne zu agiren, das Ueberwälzen allen Handelns auf die Parteien entspricht nicht den Proceßleitungsgrundsätzen der Civilproceßordnung. Einige Beispiele werden die Wandlung am besten klar machen. Mehrere Personen werden als angeblich erbserklärte Erben des Schuldners geklagt; die Verlassenschaftsabhandlung ist bei dem Proceßgerichte selbst anhängig. War die Passivlegitimation bestritten, so trug der Richter nach dem Rituale des früheren Processes dem Kläger auf, die Klagslegitimation durch ein Amtszeugniß nachzuweisen, und erstreckte — selbstredend — zu diesem Zwecke die Tagsatzung. Der Proceßrichter verlangte also ein Amtszeugniß des eigenen Gerichtes von der Partei; wenn dem nämlichen Richter Processe und außerstreitige Sachen übertragen waren, konnte es sich sogar ereignen, daß die Partei ein von ihm selbst als Abhandlungsrichter ausgestelltes Zeugniß erwirkte und es ihm als Proceß-

richter vorlegte! Einen solchen absurden Vorgang duldet der neue Proceß nicht mehr: denn nun ist es Sache der Proceßleitung, die zur Feststellung der Passivlegitimation im concreten Falle nothwendigen Daten von amtswegen aus den Acten des eigenen Gerichtes herbeizuschaffen (§. 183, Z. 3). Oder die Streitparteien berufen sich bei der mündlichen Verhandlung auf das Grundbuch; ein Grundbuchsauszug liegt nicht vor. Das Grundbuch wird bei dem Proceßgerichte geführt. Nach früherem Rechte wäre dem Richter Alles eher eingefallen, als daß er selbst das Grundbuch einsieht; er hätte ohne Zögern die Parteien unter Erstreckung der Tagsatzung aufgefordert, einen Grundbuchsauszug beizubringen. Die ihm nach neuem Rechte obliegende Proceßleitung verbietet diese Weiterung. Der Richter hat sich die Grundbuchsdaten, sofern sie erheblich sind, durch unmittelbare Einsicht in das Grundbuch zu verschaffen oder sie sich in anderer Form kurzer Hand vom Grundbuchsamte (Grundbuchsführer) geben zu lassen und das Ergebniß seiner Ermittlung in den Acten zu vermerken. Aehnlich ist vorzugehen, wenn man beispielsweise die Erhebungsprotokolle benöthigt, die bei Anlegung des Grundbuches errichtet wurden. Diese Beispiele lassen zugleich ersehen, daß eine Verletzung der Proceßleitungspflichten selten vereinzelt bleibt. Sie geht zum Mindesten mit einer Verletzung der Vertagungsvorschriften (§. 134) Hand in Hand. Die schwerfällige Weitschweifigkeit des früheren Processes ist dem neuen System der Proceßleitung so durchaus entgegengesetzt, daß, wer ins Alte zurückfällt oder darin beharrt, jedesmal mit allen möglichen Vorschriften der neuen Proceßordnung in Conflict geräth. Einen Ausgleich auf Halbpart zwischen Alt und Neu gibt es da nicht; man muß sich wohl oder übel ganz auf den Boden des jetzigen Proceßrechtes stellen.

Nach diesem hat der Richter zu steuern, nicht darf er sich ohne Voraussicht und willenlos vom Nächsten zum Nächsten treiben lassen. Er hat zu zielen, nicht aufs Gerathewohl ins Ungefähr zu greifen. Mit einem Worte, das Motto der Sachleitung muß sein: Nirgends planlose Einzelacte, sondern durchdachte Combination, vorausblickende Construction. Das gilt insbesondere auch von der eigentlichen Verhandlungs-

leitung. Wer ohne Plan, ohne sich über die wahrscheinlich maßgebenden materiellrechtlichen Gesichtspunkte besonnen zu haben, vielleicht sogar ohne die nothwendige und vorgeschriebene (§. 121 der Geschäftsordnung) Vorbereitung an die mündliche Verhandlung ginge, der würde den Verhandlungsstoff kaum zu ordnen wissen und geriethe bei nur einigermaßen verwickelten Sachen bald in ein wahres Labyrinth. Die Rückwirkungen einer ungenügenden richterlichen Sachleitung sind vor Allem Vertagungen, die sich sonst hätten vermeiden lassen, sowie Zersplitterung und Erschwerung der Sachverhaltsermittlung und des Beweisverfahrens. Dabei spielt die Hauptrolle der vorschnelle Beweisbeschluß, wohl das gefährlichste Nebenproduct unrichtiger Sachleitung. Wird nämlich Beweisbeschluß verkündet, bevor noch der gesammte Sachverhalt mit den Parteien durchgesprochen ist, etwa sowie ein prima vista irgend erheblich scheinender Umstand auftaucht und vom Gegner bestritten wird, so mehren sich die Beweisbeschlüsse, und es wird namentlich auch die Verbindung der Beweiszulassungen, die §. 278, Abs. 1 anordnet, dadurch gehindert. Die Zertheilung der Beweiszulassungen aber zieht fast unabwendbar die Zertheilung der Beweisaufnahmen nach sich. Wo der Beweis nicht sogleich aufgenommen werden kann, muß dann nebstdem jedem Beweisbeschlusse Vertagung und jeder Vertagung Wiederholung des früher Vorgebrachten und seither längst Vergessenen folgen, wobei sich natürlich sehr oft die früheren Beweiszulassungen später als völlig unnöthig darstellen. Zu den Nachtheilen dieser Augenblicksentschließungen gesellen sich, zum Theile auch durch sie verursacht, unzutreffende meritorische Entscheidungen, denn in dem ungeordneten Gemenge von Vorbringungen, die sich durchkreuzen oder wechselweise aufheben, wird Relevantes und Irrelevantes leicht verkannt und das Beachtliche durch Nichterhebliches überstrahlt oder zur Seite gedrängt. Die Zerfahrenheit der mündlichen Verhandlung, der Mangel an systematischer stofflicher Gliederung und Ordnung erschwert zugleich die Abfassung des Verhandlungsprotokolles. Dieses wird bei fehlerhafter Proceßleitung trotz aller Mühe kein rechtes Bild des Streitfalles geben. Endlich machen sich die Fehler der Verhandlungsleitung

auch im Rechtsmittelverfahren fühlbar: materiell und als Grund für die Rückverweisung der Rechtssache zu neuer Verhandlung (§. 496), sowie indirect vermöge der Bedeutung des Verhandlungsprotokolles für das Berufungsverfahren. Das läßt erkennen, wie viel an einer guten Sachleitung hängt; sie ist in der That Verstand und Wille des einzelnen Processes, seine Seele.

Was die Mittel der Sachleitung anlangt, so ist das wichtigste, daß sich das Gericht im Voraus von der besten, zweckmäßigsten Gestaltung des Verfahrens eine klare Vorstellung macht; dieses Mittel der Proceßleitung ist nicht im Gesetze zu lesen, aber es liegt in ihrem Wesen als Geistesoperation. Die Ueberlegung, wie die Verhandlung nach dem, was der Richter über den Streitfall weiß, am besten zu führen wäre, ist ebenso unerläßlich, wie die Energie, auf Grund dieser Ueberlegung dann zur Sicherung der Concentration der Verhandlung und des Beweisverfahrens das Proceßleitungsamt selbstständig auszuüben. Jenes ungefähre „Bild des Falles" aber wird sich das Gericht zum Theile aus den vorbereitenden Schriftsätzen, zum Theile — namentlich im bezirksgerichtlichen Verfahren — durch eine einleitende cursorische Besprechung der Streitsache mit den Parteien verschaffen müssen. Damit sollte mehr oder weniger jede Verhandlung beginnen, um alle wahrscheinlich erheblichen Momente vorweg kennen zu lernen und darnach zum Mindesten den Verhandlungsstoff vernünftig und vortheilhaft gruppiren zu können.

Ein werthvolles positivrechtliches Mittel der materiellen Proceßleitung sind die im §. 183 aufgezählten Verfügungen, wie Auffordern der Parteien zum persönlichen Erscheinen oder zur Beibringung von Urkunden, Herbeischaffung von Urkunden, Vornahme eines Augenscheines, Begutachtung durch Sachverständige, Ladung von Zeugen zur mündlichen Verhandlung u. s. w. Von diesen Befugnissen kann kaum je zuviel Gebrauch gemacht werden. Wenn der Vorsitzende (Einzelrichter) vor der mündlichen Verhandlung den Augenschein einnimmt oder eine Begutachtung durch Sachverständige anordnet (§. 183, Z. 4), damit bei der mündlichen Verhandlung schon das Beweismateriale vorliegt, so wird dies der Rechtssache und den Parteien in der Regel ungleich mehr

nützen, als wenn etwa zur Ermittlung der gleichen Facten vorbereitendes Verfahren angeordnet würde. Daher ist — wie schon hier bemerkt sein mag — vor Anordnung eines vorbereitenden Verfahrens nach §. 245, Z. 3 jedesmal zu überlegen, ob sich nicht die Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung einfacher durch eine oder mehrere derartige proceßleitende Verfügungen erreichen ließe. Wie sehr die Ladung der Parteien oder die Ladung von Zeugen oder das Herbeischaffen von Urkunden vor der mündlichen Verhandlung und für sie Störungen und Unterbrechungen der Verhandlung vorzubeugen geeignet ist, das sieht die Praxis oft genug. Es können freilich die verschiedensten Umstände die Unterlassung derartiger Maßregeln im Einzelnen rechtfertigen. Die vorbereitenden Schriftsätze geben z. B. dem Richter keine genügende Information, oder die Beweisaufnahme ist kostspielig, man will sich nicht ohne zwingende Nothwendigkeit dazu entschließen und wartet lieber den Gang der Verhandlung ab, oder man hat nach den vorliegenden Schriftsätzen gegründete Bedenken an der Erheblichkeit einer Behauptung, während die mündliche Verhandlung diese Erheblichkeit außer Frage stellt u. s. f. In derlei Fällen ist Enthaltsamkeit von präjudicirenden oder eventuell unzutreffenden Verfügungen gewiß Pflicht des Gerichtes. Kein ebenso zureichender Grund für die Unterlassung proceßleitender Ladung von Zeugen wäre aber beispielsweise die Armuth der Streittheile oder gar generell die Armuth der Bevölkerung eines Bezirkes. Denn diese Armuth räth weit eher zur kostensparenden Concentration. Wo jedoch zu derlei Bedenken kein Anlaß ist, liegt die Pflicht des Gerichtes nach der Seite des Voraushandelns, der thunlichsten Sicherstellung einer ungestörten Durchführung der mündlichen Verhandlung. Auch dabei darf man es nicht an Beherztheit fehlen lassen: „Das viele Denken ist des Handelns Feind.“ Wer jede einzelne vorbereitende proceßleitende Verfügung allzu ängstlich überlegt, wird immer ein Haar in der Sache finden. Auf irgendwelche Gewißheiten kann man in diesem Stadium überhaupt nicht rechnen. Fast jede proceßleitende Verfügung zum Zwecke der Sachverhaltsfeststellung ist insoferne hypothetisch, als man nie voraus wissen kann, ob und was sie zu diesem Zwecke thatsächlich beitragen wird.

Keine der vorbereitenden proceßleitenden Verfügungen (§. 183) setzt einen Parteienantrag voraus. Daran ist um so mehr zu erinnern, als unser Gedankengang unter dem nachwirkenden Einflusse der alten Gerichtsordnungen noch unwillkürlich zur entgegengesetzten Annahme neigt. Von den Krücken des Antrages, von der sorgsam von Phase zu Phase führenden Hand der Partei darf sich der Richter keine Hilfe mehr erhoffen. Nun heißt es für ihn auf eigenen Füßen stehen. Jeder Proceß ist vornehmlich sein Werk: wenn es ein schlecht geführter Proceß ist, sein mißlungenes Werk, für das zunächst er die Verantwortung trägt, wogegen er auch die Freude und Genugthuung empfinden kann über die Früchte seiner richtigen proceßleitenden Dispositionen, die sich im raschen und befriedigenden Verlaufe des Verfahrens zeigen. Da die sorgfältige Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Amtspflicht des Richters ist, könnte es nicht gutgeheißen werden, wenn der Vorsitzende oder Einzelrichter ohne rechtfertigende Gründe die Ladung von Zeugen zur Streitverhandlung unterläßt, deren Ladung eine Partei in der Klage, Klagebeantwortung oder in einem Schriftsatze vor der Streitverhandlung begehrt, oder wenn er ohne solche Gründe die Herbeischaffung in der Klage bezogener gerichtlicher Acten (z. B. Vormundschaftsacten wegen eines darin enthaltenen Geständnisses) unterläßt u. ä. Das Gericht würde dadurch entgegen seiner Proceßleitungspflicht geradezu Hindernisse für den glatten Verlauf der Verhandlung schaffen. Gleichbedeutend damit wäre es, wenn das Gericht die Entscheidung über derartige Anträge der Parteien ausdrücklich der mündlichen Streitverhandlung vorbehalten würde. Der Zweck des Antrages, alle erforderlichen Beweise für die mündliche Verhandlung in Bereitschaft zu stellen, wird durch diesen Aufschub ebenso vereitelt, wie durch die directe Nichtbeachtung des Antrages. Die Vorlegung der in Händen der Parteien befindlichen Urkunden (§. 183, Z. 2) dürfte nicht — um dieses Detail zu erwähnen — in der Art angeordnet werden, daß dem Kläger die Klage zurückgestellt und aufgetragen wird, sie unter Anschluß einer nach der Klage wichtigen Urkunde (z. B. Versicherungsantrag) wieder zu überreichen. Das stünde im Widerspruche zum Begriffe der Sachleitung: es kann nicht Uebung der

Sachleitung sein, wenn der Richter das Verfahren nicht einleitet. Jede sachleitende Verfügung setzt vielmehr ein eingeleitetes Verfahren voraus. Rückstellung der Klage zum Zwecke des Beilagenanschlusses kann nur gemäß §§. 84 und 85 (Beseitigung von Formgebrechen) geschehen, nicht als proceßleitende Verfügung nach §. 183.

Zur Proceßleitung gehört auch die Verbindung mehrerer Processe zur gemeinsamen Verhandlung (§. 187), die Trennung der Verhandlung nach Ansprüchen und Streitpunkten (§§. 188, 189) und die Unterbrechung des Verfahrens (§§. 190, 191).

3. Unterbrechung des Verfahrens. Das meiste praktische Interesse bietet die Unterbrechung des Verfahrens wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung (§. 191), weil sie verhältnißmäßig am häufigsten angeordnet wird. Sie darf nach dem Gesetze nur stattfinden, wo ein Strafverfahren für das Civilurtheil „von maßgebendem Einfluß ist." Es soll kurz untersucht werden, was das im Einzelnen besagt und wo somit die Bedingungen erlaubter Unterbrechung enden.

Kraft der eben erwähnten gesetzlichen Bestimmung scheiden zunächst nicht blos alle Fälle aus, wo nicht einmal genügende Anzeichen des objectiven Thatbestandes einer strafbaren Handlung vorhanden sind, sondern es müssen weiter — wie schon hervorgehoben wurde[1]) — auch alle strafbaren Handlungen außer Betracht bleiben, die zwar während des Processes oder von Proceßbetheiligten verübt werden oder sogar in den Proceß hineinwirken, jedoch die präsumtiven Urtheilsgrundlagen gar nicht berühren und beeinflussen. Aus gleichem Grunde ist Unterbrechung ausgeschlossen, wenn zwischen Civil- und Strafverfahren kein innerer, sondern blos durch einzelne Beweismittel oder Beweisaufnahmen ein äußerer Zusammenhang besteht. Der Beklagte will sich z. B. gegen die Forderung des Klägers mit einer Rechnung vertheidigen, die mittels nachträglicher Correcturen verfälscht zu sein scheint. Der Kläger, ein Kaufmann, kann den Bestand seiner Forderung durch seine Handelsbücher beweisen. Man hat

[1]) Schauer, Unterbrechung des Civilprocesses, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1898, S. 47 f.

hier eine Concurrenz von Urkundenbeweisen. Das Gericht wird sich kaum lange bedenken, ob es sich seine Ueberzeugung aus den Büchern oder aus der suspecten Rechnung holen soll. Die Beweisurkunde des Beklagten ist bei dieser Sachlage für das Civilurtheil gewiß nicht von maßgebendem Einflusse. Daher kann das Strafverfahren wegen Urkundenfälschung eingeleitet werden, aber eine Unterbrechung des Civilverfahrens ließe sich durch diese äußere Beziehung zwischen Civil- und Strafverfahren nicht rechtfertigen. Weil die strafbare Handlung „für die Entscheidung des Rechtsstreites", d. h. der Hauptsache von maßgebendem Einflusse sein muß, kann endlich Unterbrechung auch nicht ausschließlich zum Zwecke des Kostenspruches angeordnet werden. Obgleich die strafbare Handlung die präsumtive Urtheilsgrundlage berührt, dürfte daher Unterbrechung dann nicht angeordnet werden, wenn eine richterliche Entscheidung über das Meritum wegen Anspruchsanerkenntniß entfällt und nur die Kostenfrage offen blieb.

Innerhalb des damit abgesteckten engeren Kreises ist die Unterbrechung unstatthaft: a) wenn die Verübung der strafbaren Handlung und, soweit die Thäterschaft oder der Schuldgrad für das Civilurtheil wichtig ist, auch diese feststehen, so daß das strafgerichtliche Verfahren nur die Strafverhängung, oder wo die Person des Thäters für das Civilurtheil belanglos ist, die Ermittlung der Thäterschaft hinzufügen könnte, wie z. B. bei einer eingestandenen oder im Civilverfahren schon festgestellten Urkundenfälschung; b) wenn der Thatbestand der strafbaren Handlung und, soweit Thäterschaft oder Schuldgrad für das Civilurtheil wichtig sind, auch diese mit den Mitteln des Civilprocesses festgestellt werden können.

Die Frage, ob letzteres möglich ist, wird aber der Civilrichter zunächst von dem Gesichtspunkte zu beantworten haben, daß sein eigenes Verfahren zu jeder Leistung im Gebiete der Wahrheitserforschung befähigt ist und weder an Mitteln der Sachverhaltsfeststellung, noch an überzeugender und aufklärender Kraft hinter dem Strafprocesse zurücksteht — ungeachtet des formalisirenden Thatsachengeständnisses (§. 266). Nur wo weiter ausholende Vorerhebungen oder besondere Veranstaltungen, wie Haus-

durchsuchung u. ä., zur Erforschung der Wahrheit nicht zu entbehren sind, wird der Civilproceß dem Strafprocesse den Vorrang einräumen müssen. Sobald die alten Vorurtheile abgeschüttelt sind, wird demnach eigentlich recht selten Ursache sein, das Civilverfahren zu unterbrechen. Denn der Ansicht, daß die Unterbrechung wegen der Vorschrift des §. 268 in jedem Falle, sagen wir: einer präjudiciellen Criminalität eintreten müsse, wird man kaum beipflichten können. Diese gesetzliche Bestimmung hat mit der Unterbrechungsfrage überhaupt nichts zu schaffen. Wenn nach Ansicht des Civilrichters die Entscheidung der Civilsache vom Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt und darüber bereits ein verurtheilendes strafgerichtliches Erkenntniß vorliegt, hat der Civilrichter, anstatt diesen Punkt neuerdings und selbstständig zu entscheiden, das strafgerichtliche Erkenntniß seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (§. 268). Das bereits ergangene condemnirende Strafurtheil soll der Civilrichter benützen: das ist etwas ganz Anderes, als ob er ein solches Urtheil, um sich dadurch binden zu lassen, hervorrufen soll. Ob er Letzteres thun, also vor dem Strafverfahren zunächst zurücktreten will, das ist einzig nach §. 191 zu beurtheilen, d. h. seinem vernünftigen Ermessen anheimgegeben. Er kann — wie erwähnt — auch die Strafbarkeit, den strafbaren Charakter einer Handlung im Civilverfahren constatiren, wenn er concret mit den Mitteln des Civilprocesses sein Auslangen zu finden hoffen kann.

Nebst der größeren Ergiebigkeit des Civil- oder Strafprocesses wird aber bei der Wahl zwischen Unterbrechung oder incidenter Beurtheilung im Civilverfahren noch ein Zweites zu berücksichtigen sein: die Nachtheile einer Unterbrechung des Civilprocesses für die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung. In gleichem Verhältnisse, als diese Nachtheile wachsen, wird das Moment des „maßgebenden Einflusses" strenger zu nehmen sein, und desto zweifelloser wird es auch, ehe man Unterbrechung beschließt, feststehen müssen, daß die Ermittlung des Thatbestandes und eventuell der Thäterschaft der strafbaren Handlung im Civilverfahren unausführbar oder unzweckmäßig wäre. Eine solche Berücksichtigung der Opportunität liegt im Wesen jedes proceßleitenden Beschlusses; die

ganze Proceßleitung trägt nach der Civilproceßordnung einen opportunistischen Charakter, ist ein System von Nützlichkeitsmaßregeln. Man darf nicht vergessen, daß nach dem Gesetze selbst bei unbedingtester — um kurz zu sein — Präjudicialität des Strafverfahrens die Unterbrechung nicht eintreten muß, sondern nur kann. Indem das Gesetz einen absoluten Vorrang des strafgerichtlichen Verfahrens nicht anerkannte, sprach es deutlich genug seine Meinung aus, daß diese Verfügung wie jede andere proceßleitende Veranstaltung nur durch die Rücksicht auf das concret Zweckmäßigste bestimmt werden dürfe. Die Zweckmäßigkeit fehlt aber gewiß auch dann, wenn die Unterbrechung die Rechtsschutzaufgabe des Processes gefährden müßte; was wider den Proceßzweck verstößt, kann nicht zugleich processualisch zweckmäßig sein. Infolge der ausschlaggebenden Bedeutung der Zweckmäßigkeit hat auch ein übereinstimmender Antrag der Parteien in dieser Frage nicht die geringste Bedeutung. Auf alles dies Bedacht genommen, wird also z. B. wegen widersprechender Zeugenaussagen, wegen des Zugeständnisses eines Zeugen, das eingeklagte Accept gefälscht zu haben, wegen eines offenen Widerspruches zwischen den Aussagen der Parteien und den Zeugenaussagen oder wegen eines gegen die Partei oder gegen dritte Personen im Auslande anhängigen Strafverfahrens u. ä. in der Regel das Verfahren nicht unterbrochen werden dürfen. Daß eine der Parteien bei der Vernehmung zur Beweisführung angeblich eine falsche eidliche Aussage abgelegt hat, wird gleichfalls kein unbedingter Unterbrechungs-Thatbestand sein: es kommt auch hier auf die im bestimmten Falle für die Civil- oder strafgerichtliche Judicatur ausschlaggebenden Zweckmäßigkeitsrücksichten an. Ebensowenig wäre es richtig, das Verfahren auf Ersuchen eines anderen Gerichtes, also ohne eigene selbstständige Prüfung des meritorischen Zusammenhanges, zu unterbrechen, weil z. B. infolge Anzeige des Beklagten bei jenem Gerichte wider den Kläger Vorerhebungen wegen Betruges anhängig sind u. dgl.

Noch genauer als sonst ist die Unterbrechung in besonders dringlichen Rechtssachen, wie in Wechsel- und Besitzstörungsprocessen zu nehmen, da die Austragung dieser Processe dadurch

— oft genug ohne alles Resultat — auf zunächst unbestimmbare Zeit sistirt würde. Gleich peinlich ist bei Unterbrechungen vorzugehen, die erst im Rechtsmittelverfahren angeordnet werden sollen, z. B. wegen des Verdachtes, daß ein in erster Instanz vernommener Zeuge falsch ausgesagt hat. Weil die Unterbrechung zu solcher Zeit besonders viel in Frage stellt und die Nachtheile der Unterbrechung für den Civilstreit gegenüber den Nachtheilen der Fortführung des Processes meistens überwiegen werden, darf sie im Sinne des Gesetzes nur aus den allerzwingendsten Gründen stattfinden. Namentlich wo Anzeichen sind, daß die Sache von einer Partei absichtlich auf das strafrechtliche Gebiet hinübergespielt wird, um damit die Erledigung des Rechtsstreites zu verzögern, wird Werth und Unentbehrlichkeit des Strafverfahrens für das Civilurtheil mit der größten Strenge geprüft werden müssen. So beispielsweise, wenn vor Einleitung des Berufungsverfahrens wegen angeblich falscher Zeugenaussagen eine Strafanzeige gemacht oder eine gleiche Beschuldigung im Recurse gegen den Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren vorgebracht und die Abtretung der Acten an die Staatsanwaltschaft begehrt wird. Das Rechtsmittelgericht ist zudem sehr häufig nach Gesetz und Sachlage an die Feststellungen des ersten Richters formell gebunden. Vor allem Anderen wird es sich daher bei Unterbrechungen im Rechtsmittelverfahren (Berufung, Recurs gegen Endbeschluß) immer die Frage vorzulegen haben, ob der Ausgang des Strafverfahrens in den thatsächlichen Prämissen der Entscheidung überhaupt irgend etwas ändern kann. Müßten die festgestellten Umstände in jedem Falle, trotz Unterlaufen einer strafbaren Handlung, für die Rechtsmittelentscheidung acceptirt werden, dann fehlt dem Strafverfahren aller Einfluß, und Unterbrechung wäre unstatthaft. Die Praxis muß sich nur in den neuen Proceß ganz einleben und alle seine Mittel beherrschen lernen. Dann schwindet wohl auch die geringe Meinung von dem Können des Civilrichters und die noch aus früherer Zeit stammende Ueberschätzung der Wahrheitsfindungskraft des Strafverfahrens. Als Ziel aber muß vorschweben, die Hilfe des Strafrichters nur dann anzurufen, wenn entweder eine strafbare Handlung dritter, dem Processe fremder

Personen präjudiciell scheint, oder wenn die Ermittlung der präjudiciellen strafbaren Handlung die Anwendung specifisch strafprocessualer Forschungsmittel verlangt oder das gebotene Maß einer Incidenzfrage des Civilprocesses überschreitet. Letzteres wird z. B. bei complicirten Betrugsfacten zutreffen, welche die Feststellung eines weitverzweigten Sachverhaltes fordern, an dem eine größere Anzahl von Personen in verschiedener Weise betheiligt ist. Der Civilrichter muß seiner eigenen Kraft vertrauen lernen. Die beste Schule wird auch hier die Erfahrung sein und — die Enttäuschung. Oft ist der Civilrichter schnell dabei, das Verfahren zu unterbrechen, weil er glaubt, die Zeugen hätten falsch ausgesagt, der Strafrichter stellt aber dann die Voruntersuchung ein. Nun befindet sich der Civilproceß gerade am selben Punkte wie früher, nur daß viel Zeit verloren ist. Jetzt zwingen die Verhältnisse den Civilrichter unerbittlich, doch selbst zu entscheiden, ob er den Zeugen glauben wolle oder nicht, und er wird gewahr, daß auch ohne Unterstützung des Strafrichters weiter zu kommen ist. Hoffentlich eine heilsame Lehre für alle Zukunft!

Die Proceßacten vor Schluß des Verfahrens dem Strafgerichte abzutreten, ohne daß ein Unterbrechungsbeschluß gefaßt wurde, wäre ungesetzlich. Desgleichen die „sinngemäße" Anwendung der Unterbrechung wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung auf das Executionsverfahren.[1]) Mit Recht wurde auch die Aufschiebung einer Execution nach §. 191 für unzulässig erklärt.[2])

Das Verfahren kann nicht blos wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung, sondern auch wegen eines anhängigen präjudiciellen Proceß- oder Verwaltungsverfahrens unterbrochen werden (§. 190). Die Praxis bedient sich dieser Bestimmung gerne in Privilegien- oder Patenteingriffsprocessen, wenn die Entscheidung des Civilrichters von einer Vorfrage über die Giltigkeit oder

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. April 1898, Z. 4684, J.-M. V.-Bl. 1898, Nr. 1433.

[2]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 20. December 1898, Z. 17270. Beilage zu den Jurist. Blätt. 1899, S. 256.

Wirksamkeit des verletzten Patentes abhängt.[1]) Die Unterbrechung wegen eines Verwaltungsverfahrens endet mit der rechtskräftigen Austragung der Angelegenheit im administrativen Wege. Es ist weder die Frist für die Beschwerdeführung bei dem Verwaltungsgerichtshofe, noch dessen Erkenntniß abzuwarten, falls thatsächlich Beschwerde erhoben wurde.

Eine anhängige Verlassenschaftsabhandlung wird sich weder als Rechtsstreit, noch als Verwaltungsverfahren qualificiren lassen, so daß ihrer wegen ein Civilproceß niemals unterbrochen werden kann. Selbst dann nicht, wenn z. B. durch das Abhandlungsergebniß die Activlegitimation des Klägers außer Zweifel gesetzt würde oder im Verlassenschaftsverfahren Testamentszeugen abgehört werden sollen, deren Aussagen für den Civilproceß wichtig scheinen. Der Rechtsstreit aber, um dessen willen ein bestimmtes Verfahren unterbrochen wird, muß ein für die Sachentscheidung in letzterem Processe ganz oder zum Theile präjudicielles Rechtsverhältniß zum Gegenstande haben. Darum kann nicht Unterbrechung wegen eines Rechtsstreites angeordnet werden, der lediglich eine zur Begründung des Gerichtsstandes des Vermögens (§. 99 Jur.-Norm) angeführte Forderung des Beklagten betrifft. Daß der präjudicielle Rechtsstreit zwischen denselben Parteien anhängig sein muß, wie der Hauptproceß, ergibt sich nothwendig

---

[1]) Durch die Civilproceßordnung (§. 190) wurde die Vorschrift des §. 48 des alten Privilegiengesetzes insofern abgeändert, als der Eingriffsproceß fortan nur mehr wegen eines bei dem Handelsministerium thatsächlich anhängigen Verfahrens unterbrochen werden darf. Sofern es die Parteien versäumen, vor Schluß der mündlichen Verhandlung die Nullitätsklage bei dem Handelsministerium zu erheben, verwirken sie demnach in Hinkunft die Einwendungen, die sich aus der Entscheidung des Handelsministeriums für den Civilproceß hätten ableiten lassen. Diese können nur mittels Wiederaufnahmsklage geltend gemacht werden. Für Processe nach dem neuen Patentgesetze hat die Anhängigkeit oder Nichtanhängigkeit der Vorfrage keine solche materielle Bedeutung. Zu Gunsten eines beim Patentamte anhängigen Verfahrens kann Unterbrechung des Civilprocesses angeordnet werden. Der Civilrichter ist aber auch berechtigt, die Vorfrage selbst zu entscheiden (§. 108 Pat.-Ges.), und er muß dies thun, solange die Vorfrage beim Patentamte nicht anhängig gemacht worden ist.

aus der subjectiven Begrenzung der Rechtskraftswirkungen. Ob „Anhängigkeit des Rechtsstreites“ vorhanden ist, entscheidet sich nach der Vorschrift des §. 232. Das Verfahren auf Grund einer Zinsenklage kann daher nicht bis zur rechtskräftigen Feststellung der bestrittenen Capitalsforderung unterbrochen werden, wenn wegen letzterer überhaupt noch nicht Klage angebracht ist. Wegen eingeleiteten Wiedereinsetzungsverfahrens kann allerdings auch Unterbrechung des Verfahrens angeordnet werden; jedoch kommt dafür nicht die Vorschrift des §. 190 in Betracht, sondern die Unterbrechung ist hier nur unter den in §. 152, Abs. 1 aufgezählten strengeren Bedingungen gestattet.

Eine Unterbrechung nach §. 190 kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung beschlossen werden; der Beschluß setzt Beginn der mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter oder Senat voraus. Verfehlt ist die Ansicht, daß die Unterbrechung schon auf Grundlage der Klage und Klagebeantwortung angeordnet werden könne. Das würde nicht nur dem Mündlichkeitsprincip widerstreiten, nach dem niemals auf Grund der Acten allein geurtheilt werden darf, sondern es würde — was noch durchschlagender ist — die Gefahr einer unsachgemäßen Entscheidung heraufbeschwören. Denn die Unterbrechung kann eine — für einen Theil wenigstens — sehr einschneidende Maßregel sein, die deshalb erst nach sorgfältiger Erörterung des Für und Wider und nach genauester Prüfung der Beziehungen zwischen dem anhängigen Processe und dem angeblich präjudiciellen Verfahren getroffen werden darf. Die Parteien müssen dabei unbedingt zum Worte kommen; der Recurs allein gegen den Unterbrechungsbeschluß wird nicht immer genügen. Und auch die allgemeine Uebersicht über die Streitsache, die das Gericht jedenfalls gewinnen muß, bevor es beurtheilen kann, welche Bedeutung das präjudicielle Verfahren für sie hat, würde schwer aus den vorbereitenden Schriftsätzen allein zu erlangen sein. Mit geringen Abweichungen, die sich von selbst verstehen, gilt das eben Gesagte auch für den Beschluß auf Unterbrechung wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung.

Für beide Arten der Unterbrechung (§§. 190, 191) wäre noch hinzuzufügen:

a) Die Unterbrechung erheischt — und zwar auch im bezirksgerichtlichen Verfahren — einen förmlichen, zu verkündenden Beschluß. Dieser ist im Verhandlungsprotokoll zu beurkunden (§. 208, Z. 3). Außerdem ist der Beschluß, weil selbstständig anfechtbar, stets — auch in Bagatellsachen — beiden Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§§. 192, 426), wenngleich die Parteien bei der Verhandlung und bei der Verkündung des Beschlusses anwesend waren. Von der Ausfertigung könnte nur abgesehen werden, wenn die Parteien bei der mündlichen Verhandlung unter gleichzeitigem Verzicht auf den Recurs auf Zustellung der Beschlußausfertigung verzichten. Dieser Verzicht kann auch von einer der Parteien allein erklärt werden, nur ist dann seine Wirkung auf diese Partei beschränkt. Ueber den Verzicht müßte das Verhandlungsprotokoll eine Angabe enthalten (§. 208, Z. 1).

b) Das Verfahren wird *unterbrochen*, nicht abgebrochen, aufgehoben oder eingestellt: es soll nach wie vor normal durch Urtheil über den Klagsanspruch erledigt werden, nur die Zeit der Urtheilsfällung wird hinausgeschoben, ins Ungewisse gestellt. Sowie der Unterbrechungsgrund nicht mehr entgegenwirkt, ist daher das unterbrochene Verfahren auf Antrag oder von Amtswegen aufzunehmen und nunmehr die Sache mit Benützung der Ergebnisse des Proceß-, Verwaltungs- oder Strafverfahrens zu verhandeln und abzuurtheilen. Das Recht auf Urtheil, das die Parteien durch die Streiteinlassung sich erwarben, kann und soll ihnen durch die Unterbrechung des Verfahrens nicht entwunden werden. Diese bedeutet also auch dort, wo sie wegen präjudiciellen *Civilrechtsstreites* angeordnet wird, keineswegs die Abdicirung eines Rechtsstreites zu Gunsten eines anderen. Sie verweist nicht die Parteien des Hauptprocesses auf die Entscheidung des präjudiciellen Rechtsstreites, sondern sie bezweckt leichtere, bessere Entscheidung des Hauptprocesses durch Benützung der Ergebnisse des präjudiciellen Rechtsstreites.

c) Wenn Unterbrechung des Berufungsverfahrens stattfindet, so ist bei Wiederaufnahme der Verhandlung darauf Bedacht zu nehmen, daß neue Thatumstände und Beweise im Berufungsverfahren nur innerhalb gewisser Grenzen vorgebracht werden dürfen (§. 482,

Abs. 2). Diesen legalen Voraussetzungen sind auch die Thatumstände und Beweise unterworfen, die etwa durch das präjudicielle Civil- oder Verwaltungs- oder Strafverfahren gewonnen wurden. Die Unterbrechung an und für sich verleiht diesen Dingen nicht Beachtlichkeit. Eine im Strafverfahren erfolgte Verurtheilung wird das Berufungsgericht nach §. 268 binden, das Strafproceßmateriale aber, das Materiale des Verwaltungsverfahrens u. s. w. kann nur wie sonstiger Proceßstoff Bestandtheil der Berufungsverhandlung werden. Was die Parteien also nicht schon in der Berufungsschrift und in der Mittheilung des Berufungsgegners anführen konnten, ist vom Berufungsverfahren ausgeschlossen.[1]) Sich darüber klar zu sein, wird auch den Vortheil haben, daß die Berufungsgerichte die Nützlichkeit einer Unterbrechung richtig einschätzen.

d) Die Unterbrechung kann auch als partielle, blos halbseitige vorkommen, wenn nämlich die strafbare Handlung, der Proceß oder das Verwaltungsverfahren einzig nur für die Entscheidung über die eingewendete Gegenforderung präjudiciell ist. Sofern Klagsanspruch und Gegenforderung nicht im rechtlichen Zusammenhange stehen, hat dann der Beschluß des Gerichtes, deswegen Unterbrechung eintreten zu lassen, nur für die Verhandlung *über die Gegenforderung* Wirkung. Die Verhandlung über den Klagsanspruch geht fort, und es wird Theilurtheil gefällt (§. 391, Abs. 3). Nach Beendigung der Unterbrechung wird sich das aufgenommene Verfahren auf die Gegenforderung beschränken.

4. Verbindung zur gemeinsamen Verhandlung. Wo zufällige Umstände den Parallelismus mehrerer bei demselben Gerichte anhängiger Processe plastischer heraustreten lassen, da regt sich der Gedanke der Arbeitsvereinigung und Arbeitsparung fast von selbst. Unwillkürlich empfindet man das Bedürfnis nach Vereinfachung und entdeckt sofort auch, wie gewinnbringend es wäre, wenn einzelne Proceßhandlungen zugleich für *mehrere* Processe ver-

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Juli 1898, Z. 9104. Allg. österr. Gerichtszeitung 1899, S. 136.

wertet, die Wiederholung identischer Proceßhandlungen vermieden werden könnte. In den mehreren Processen ist z. B. das ganze thatsächliche Vorbringen oder ein Theil davon gleich; für dieses gleiche Vorbringen sind in jedem Processe dieselben Zeugen angeboten. Welch' einleuchtende Vortheile, wenn man hier mit einer einmaligen Sachverhaltserörterung und Beweisaufnahme auslangen könnte, welche Bürgschaft für die vollständige und einheitliche Feststellung des Factums, welcher Zeit- und Kostengewinn! Dieser Vortheile halber hat die Civilproceßordnung die Möglichkeit der Verbindung mehrerer Processe zu gemeinsamer Verhandlung (§. 187) eröffnet, als den einzigen Weg, auf dem alle Erleichterungen und Vereinfachungen der Proceßführung, die im einzelnen Falle wegen Gleichheit der Thatsachen oder Beweise erreichbar sind, ohne Verletzung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und ohne Beeinträchtigung der Parteiinteressen wirklich erreicht werden können. In welchem Maße sich diese Einrichtung thatsächlich entfalten wird, dafür wird die Intensität und Energie der richterlichen Proceßleitung und der Umstand ausschlaggebend sein, wie stark jeweils der Gedanke ist, daß alles Ueberflüssige bei der Proceßführung vermieden werden und die gesammte Proceßthätigkeit knapp und von strengster Sachlichkeit sein müsse. Mit der Befestigung des Zweck- und Zweckmäßigkeitsgedankens und mit der zunehmenden Einsicht in die praktische Bedeutung einer richtigen Oekonomie der Proceßmittel wird die Verbindung der Processe sich gewiß mehren. Nebstdem ist jedoch ein Doppeltes nothwendig. Der Richter muß sich bemühen, so früh als möglich die zunächst vielleicht noch latenten Voraussetzungen zweckmäßiger Verbindung mehrerer Sachen zu erkennen, weil je früher dies geschieht und die Verbindung beschlossen wird, desto größer der Nutzen der Verbindung ist. Bei Auftheilung der Processe nach dem Namen des Beklagten und bei einigermaßen sorgfältigem Nachschlagen in den Namensverzeichnissen wird man bald erfahren, ob zwischen denselben Parteien oder zwischen einer von ihnen und einem Dritten eben jetzt bei demselben Gerichte Rechtssachen anhängig sind, deren gemeinsame Verhandlung sich empfehlen könnte. Zumal dann, wenn man sich auf die Rechtssachen be-

schränkt, die wirklich streitig werden, und es nicht verschmäht, eine gelegentliche Frage darüber an die Parteien zu richten. Zweitens aber muß man die Technik der Verbindung beherrschen lernen: wie die gemeinsame Verhandlung einzurichten ist, wie man vom Einzelnen zum Gemeinsamen kommt und dann wieder das Gemeinsame den einzelnen Rechtssachen zugeführt wird, die doch jede einzeln entschieden werden müssen u. s. f. Die Unsicherheit darüber gehört gewiß mit zu den Ursachen, warum bisweilen die gute Absicht der Proceßvereinfachung an Stelle der Verbindung zu recht fragwürdigen Auskunftsmitteln greift, z. B. um der mehrfachen Abhörung desselben Zeugen zu entgehen, die von diesem in einem der nebeneinander laufenden Processe abgelegte Zeugenaussage in den übrigen verlesen läßt u. ä.[1])

Die Verbindung ist nicht mit einem bestimmten Proceßstadium verknüpft, sondern selbst im Berufungsverfahren noch zulässig (Verbindung zu gemeinsamer Berufungsverhandlung). Sie kann angeordnet werden, sobald der Senat oder Einzelrichter sieht, daß durch die Verbindung voraussichtlich die Erledigung sämmtlicher vereinigter Rechtssachen vereinfacht oder beschleunigt oder dadurch der Aufwand für die Kosten der Proceßführung vermindert werden wird (§. 187, Abs. 1). Mag das Gericht aus eigenem Antriebe dies untersuchen oder durch einen Parteiantrag dazu angeregt, ein halbwegs sicheres Urtheil wird es sich nur bilden, wenn — im Gerichtshofsverfahren — wenigstens Klage und Klagebeantwortung vorliegen oder wenn durch vorläufige Befragung der Parteien oder durch Besprechung mit ihnen über die Voraussetzungen der Verbindung genügende Aufklärung gegeben ist. Diese Befragung oder Besprechung kann eventuell schon bei der ersten Tagsatzung geschehen. Daher ist es principiell immerhin möglich, die Verbindung *auf Grund der ersten Tagsatzung*, jedoch nicht *für* die erste Tagsatzung zu beschließen. In der Regel wird es wohl besser sein, im Gerichtshofsverfahren die Klagebeantwortung oder den Abschluß des vorbereitenden Verfahrens abzuwarten oder gar erst bei der mündlichen Verhandlung

[1]) Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 38 f.

der einen Sache die gleichzeitige Verhandlung der anderen anzuordnen. Im bezirksgerichtlichen Verfahren wird etwas Anderes als letzterer Vorgang kaum möglich sein, es müßte denn ausnahmsweise ein Schriftenwechsel oder eine Vernehmung zu Protokoll vor der mündlichen Verhandlung stattgefunden haben (§. 440, Abs. 3). Dem Berufungsgerichte dagegen liegen vom ersten Augenblicke an die Berufungsschriften und die gesammten Proceßacten erster Instanz vor. Da diese meistens ausreichende Information geben werden, ist das Berufungsgericht in der Lage, die Verbindung gleich bei Anberaumung der Tagsatzung zur Berufungsverhandlung (§. 480) zu beschließen.

Der Verbindungsbeschluß hat keine solche Tragweite, ist viel weniger folgenschwer für die Parteien, wie ein Unterbrechungsbeschluß. Die Verbindung ist nach der Civilproceßordnung nur Verbindung zur Verhandlung, nicht Verbindung zu einem Processe und kann daher jederzeit ohne besonderen Schaden aufgehoben werden, wenn die erhofften Vortheile ausbleiben oder die Verbindung gar die Proceßerledigung verlangsamt oder sonst Schwierigkeiten bereitet. Darum läßt sich auch viel eher ein Versuch mit der Verbindung wagen, und darum ist für den Verbindungsbeschluß nicht jenes vollgerüttelte Maß von gewichtigen Gründen unerläßlich, wie bei der Unterbrechung des Verfahrens. Eben deswegen darf endlich auch — anders als bei der Unterbrechung — die Verbindung ohne mündliche Verhandlung beschlossen werden. Die Unterbrechung schneidet den Parteien das Wort ab, daher müssen sie früher über die Unterbrechung gehört werden. Im Falle der Verbindung erhält die Partei schon bei der nächsten Tagsatzung Gelegenheit, die Verbindung zu bekämpfen und das Gericht zu bewegen, den Verbindungsbeschluß rückgängig zu machen (§. 192, Abs. 1); es ist deshalb vorhergehende mündliche Verhandlung darüber nicht nöthig.

Die beschlossene Verbindung wird verschieden auszuführen sein, je nach dem Stande der Sache. Das Allerbeste ist die Verbindung, ehe noch in einer der mehreren Rechtssachen die Streitverhandlung begonnen hat, so daß die Verhandlung vom Anbeginne gemeinsam durchgeführt und durch Concentrirung der Sachverhalts-

erörterung und der Beweisaufnahmen aufs Ausgiebigste vereinfacht und abgekürzt werden kann. Es ist dann entweder für sämmtliche verbundene Sachen eine Tagsatzung anzuberaumen, oder, wenn schon Termine für die einzelnen Sachen angeordnet sind, einer davon unter Abberufung der übrigen zur Verhandlung sämmtlicher Sachen zu bestimmen. Wird der Verbindungsbeschluß gefaßt, nachdem in einer Sache die Streitverhandlung schon begonnen hat, so sind die übrigen Rechtssachen in diesen in Verhandlung begriffenen Rechtsstreit einzubeziehen. Je nach Umständen (Betheiligung einer dritten nicht anwesenden Partei, Nothwendigkeit gewisser Vorbereitungen, Nichtverzicht auf die achttägige Frist des §. 257, Abs. 1 u. ä.) ist die bereits begonnene Verhandlung zu vertagen und die nächste Tagsatzung zur gemeinsamen Verhandlung aller Sachen zu bestimmen, oder es kann die Verhandlung infolge eines Verbindungsbeschlusses gleich bei derselben Tagsatzung auf die übrigen Rechtssachen ausgedehnt werden. Ergibt sich schließlich die Zweckmäßigkeit der Verbindung erst, nachdem schon in allen oder einigen der zu verbindenden Rechtssachen Verhandlungen stattgefunden haben, so wird das Gericht erwägen, was am meisten Vortheile bietet, und darnach diejenige Sache auswählen, mit der die übrigen verbunden werden sollen; dabei kann unter Umständen sofort infolge des Beschlusses in die gemeinsame Verhandlung eingegangen werden. In dem Grade, als die Verhandlung in einer einzelnen oder in der Mehrzahl der einzelnen Rechtssachen dem Abschlusse entgegengereift ist, wird sich die Verbindung weniger empfehlen, weil das Verhältniß der verschiedenen Proceßstoffgruppen Schwierigkeiten bieten kann. Der Tendenz der Verbindung entsprechend, darf sie niemals Anlaß zur Verzögerung werden. Es wäre daher auch irrig, wegen einer — an sich vielleicht sehr wünschenswerthen — Verbindung die Durchführung oder Fortsetzung einer anhängigen Rechtssache so lange aufzuschieben, bis andere, einstweilen noch nicht bis zur mündlichen Streitverhandlung gediehene Rechtssachen weit genug fortgeschritten sein werden, um mit ersterer Rechtssache verbunden zu werden. Der Beklagte bringt z. B. in einem Gerichtshofsprocesse knapp vor der zur Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung Widerklage

an. Um verbinden zu können, müßte zunächst in der Widerklagssache erste Tagsatzung abgehalten und dann Frist zur Klagebeantwortung gegeben werden, während dieser langen Zeit aber würde der Vorproceß stillstehen.

Die Verbindung hat nur gemeinsame Verhandlung zur Folge, d. h. nur factische Consequenzen, keine juristischen. Es kann dies nicht genug betont werden, weil man hier dem Einflusse der deutschen Proceßliteratur leicht unterliegt, während doch die Verbindung der österreichischen Civilproceßordnung und die des deutschen Civilproceßrechtes nur denselben Namen haben, in Voraussetzungen und Wirkungen dagegen grundverschieden sind. Durch die Verbindung entsteht nach österreichischem Proceßrechte weder Streitgenossenschaft, noch ein der Streitgenossenschaft ähnliches Verhältniß,[1]) und es kann daher auch nicht von einer sinngemäßen Anwendung der Vorschriften über die Streitgenossenschaft die Rede sein.[2]) Insbesondere entstehen durch die Verbindung nicht die Rechtswirkungen der sogenannten nothwendigen Streitgenossenschaft (§. 14: einheitliche Feststellung). Jeder der Processe bleibt durchaus selbstständig. Die Verbindung ist daher sowohl für die Competenzfrage ohne irgend welchen Einfluß, wie für das Verfahren. Das sonst zuständige Proceßgericht bleibt zuständig, wenn sich auch bei Zusammenrechnung des Werthes oder der Summen aller verbundenen Rechtssachen ein Betrag ergibt, der die für die sachliche Zuständigkeit des Proceßgerichtes maßgebende Werthgrenze überschreitet (z. B. Verbindung zweier bezirksgerichtlicher Processe über 350 fl. und 400 fl.). Deshalb könnte auch nicht etwa gegen den Beschluß, womit die Verbindung mehrerer bezirksgerichtlicher Streitsachen ausgesprochen wird, die zusammen 500 fl. übersteigen, die Einrede der Unzuständigkeit erhoben werden. Die Bedeutungslosigkeit der Verbindung für das Verfahren aber äußert sich darin, daß bei Verbindung mehrerer Rechtssachen unter 50 fl. die gemeinsame Verhandlung dennoch mit den Vereinfachungen

---

[1]) A. A. Wachtel, Erläuterungen zur Civilproceßordnung, S. 173, und G. Neumann, Commentar zu den Civilproceßgesetzen, S. 476.

[2]) So Wachtel, a. a. O. S. 173 ff.

der Bagatellsachen durchzuführen ist, obschon die Summe aller Klagsforderungen 50 fl. übersteigt. Wegen der Selbstständigkeit der einzelnen Processe wird auch jeder für sich entschieden. Möglicherweise, Identität der Parteien vorausgesetzt, mittels gemeinschaftlichen Urtheiles (§. 187, Abs. 2), aber die Gemeinschaftlichkeit des Urtheiles ist niemals eine nothwendige Folge der Verbindung. Die zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Sachen können auch — alle oder theilweise — durch separate Urtheile entschieden werden. Und endlich ist selbst das gemeinschaftliche Urtheil eine nur thatsächliche, locale Vereinigung mehrerer Urtheilssprüche; das Berufungsverfahren geht trotz gemeinschaftlichen Urtheiles in jedem Processe seinen eigenen Weg. Die Verbindung in erster Instanz setzt sich keineswegs im Berufungsverfahren fort, sondern müßte — ausschließlich beurtheilt nach Gegenstand und Inhalt der Berufungsverhandlung — vom Berufungsgerichte neu angeordnet werden. Daraus, daß die Verbindung in erster Instanz zweckmäßig war, folgt durchaus nicht schon die Zweckmäßigkeit oder Zulässigkeit der Verbindung im Berufungsverfahren. Der Effect der Verbindung besteht somit blos darin: a) daß die in gleicher Weise für mehrere Processe erheblichen Thatsachen, statt für jeden Proceß separat, nur einmal vorgebracht und erörtert zu werden brauchen und dadurch schon für alle zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Rechtssachen beachtlich werden; b) daß ferner, während sonst wechselweise Beweisanlehen zwischen verschiedenen Processen nicht zulässig sind, jeder in den Grenzen der beschlossenen Verbindung aufgenommene Beweis von selbst für alle verbundenen Rechtssachen wirkt.

Daraus sind die Verhaltungsmaßregeln für den Fall abzuleiten, als die thatsächlichen Anführungen und Beweise nur zum Theil gemeinsam sind oder die gemeinsame Verhandlung auf Punkte führt, bei denen das Besondere, nur für einen einzelnen Proceß Wesentliche überwiegt. Mangels eines juristischen Nexus kann die gemeinsame Verhandlung unter solchen Bedingungen beliebig aufgehoben und sogleich als Verhandlung der einzelnen Rechtssachen fortgesetzt werden. Die gemeinsame Verhandlung gilt dann als Theil der Verhandlung jeder einzelnen Rechtssache: diese

Einzelverhandlungen sind ein Stück Weges mit einander gegangen. Das gemeinsame Stück wird jeder einzelnen Verhandlung so zugerechnet, als ob es eine Phase nur dieser bestimmten Verhandlung gewesen wäre, so daß trotz Aufhebung der Verbindung und nunmehr gesonderter Weiterverhandlung der einzelnen Rechtssachen das Verfahren und die Verhandlung keiner einzigen der verbundenen Rechtssachen eine Unterbrechung erleidet. Was während der gemeinsamen Verhandlung vorgebracht wurde, behält trotz Aufhebung der Verbindung für alle verbundenen Processe volle Beachtlichkeit; nichts aus der gemeinsamen Verhandlung geht verloren. Darauf beruht die Möglichkeit, im bezirksgerichtlichen Verfahren gewöhnliche bezirksgerichtliche Processe und Bagatellsachen zu gemeinsamer Verhandlung zu verbinden. Die Protokollirung wird, soweit die Gemeinsamkeit reicht, die des ordentlichen bezirksgerichtlichen Verfahrens sein müssen. Bei der Urtheilsfällung werden jedoch die Bagatellsachen besser getrennt und mittels besonderen Urtheiles entschieden, um das Rechtsmittelverfahren zu vereinfachen. Fehlerhaft wäre ein gemeinschaftliches Urtheil wenigstens dann nicht, wenn die Entscheidungen der einzelnen Rechtssachen darin so auseinandergehalten werden, daß die für Bagatellsachen geltende Berufungsbeschränkung (§. 501) trotz des gemeinschaftlichen Urtheiles ausführbar bleibt.

Es kann demnach in der That mittels der Verbindung jede sich darbietende Gelegenheit zur Concentrirung der Sachverhaltserörterung oder des Beweisverfahrens aufs Vollkommenste ausgenützt werden, ohne deswegen das Individuelle der einzelnen Sachen hintanzusetzen oder zu schädigen und ohne den Gewinn der Gemeinsamkeit durch erschwerte Erledigung des Besonderen erkaufen zu müssen. Die Verbindung gehört nicht zu den Formen, die mit ihrem Entstehen sich sogleich von dem Zwecke, der sie geschaffen hat, loslösen, für ihn unzugänglich werden. Ihr Zweck behält vielmehr beständig die volle Herrschaft über sie. Sie braucht diesen Zweck keine Minute zu überdauern, nie zur leeren Form zu werden: cessante ratione, cesset conjunctio.

5. Trennung der Verhandlung. Die Vorschriften über die Trennung der Verhandlung (§§. 188, 189) haben in der Praxis

offenes Verständniß gefunden. Wenngleich einstweilen seltener nach Ansprüchen oder nach Forderung und Gegenforderung (§. 188) getrennt wird, sondern mehr die abgesonderte Verhandlung über Proceßeinreden und die Trennung nach Grund und Betrag des streitigen Anspruches vorherrscht. Eine allzugroße Begünstigung der Trennung der Proceßeinreden im Sinne einer der mündlichen Streitverhandlung vorausgehenden abgesonderten Verhandlung (§. 243, Abs. 2; §. 260, Abs. 1) würde kaum den Tendenzen der Civilproceßordnung entsprechen. Denn gerade um der in so vielen Beziehungen nachtheiligen abgesonderten Verhandlung und Entscheidung über die Proceßeinreden entgegenzuwirken, hat die Civilproceßordnung den proceßhindernden Charakter der meisten Proceßeinreden aufgehoben. Für den ersten Blick mag nun die vorausgehende abgesonderte Verhandlung der Proceßeinreden und zumal der Unzuständigkeitseinrede manches Zweckmäßige haben. Es ist nicht ausgeschlossen, auf diese Weise die Rechtssache ohne meritorische Verhandlung zu erledigen, oder es läßt sich damit vielleicht wenigstens das Verfahren kürzen u. dgl. Von ähnlichen Wünschen geleitet, wird auch nicht selten lieber vorausgehende abgesonderte Verhandlung über die bestrittene Zuständigkeit angeordnet, als daß man sich der Veranstaltungen bedient, welche die Jurisdictionsnorm (§§. 61 bis 63) zur einfacheren Erledigung der Bestreitung der Zuständigkeit eines Civil- oder Handelssenates darbietet, obwohl sich diese Veranstaltungen — wo richtig angewendet — aufs Beste bewährt haben. Jene gewiß anerkennenswerthen Absichten in Ehren, würde man aber doch Unrecht thun, gar zu leicht auf den großen und heilsamen Einfluß zu verzichten, den die Verbindung mit dem Meritum so oft auf die Proceßeinrede ausübt: sowohl in Bezug auf die Frage, ob sie begründet ist, wie darauf, ob der Beklagte dabei beharrt. Alle Tage fast ist es zu sehen, wie unter den Eindrücken des Verhandlungsverlaufes die Positionen der Parteien sich ändern, je deutlicher der wahre Sachverhalt sichtbar wird. Es vollzieht sich eine allmälige Reducirung auf die effectiven Thatsachen und Elemente des Rechtsverhältnisses: eines nach dem andern von der zum Zwecke der Klage oder Vertheidigung ursprünglich künstlich

aufgebauten Darstellung fällt, und aus dem anfänglichen Gewirre einander entgegengesetzter Erzählungen und juristischer Gesichtspunkte wird, je weiter die gut geleitete Verhandlung fortschreitet, ein einfaches, scharfes Problem. Und die Proceßeinreden sollten davor gefeit sein? Sie sind doch nichts als Vertheidigungsmittel. Der Beklagte sucht sich schlecht und recht, so gut er kann, mit Allem zu schützen, was er zur Verfügung hat. Eine Proceßeinrede, die Unzuständigkeitsbehauptung ist ihm dazu gerade so willkommen, wie irgend eine Sach- oder Rechtsanführung. Es fällt keinem klugen, vorsichtigen Richter ein, jedes thatsächliche Vorbringen einer Partei sogleich zu Beweis zu verstellen; er wartet damit, bis er Alles erfahren hat, was die Parteien sagen wollen. Erst im Ganzen läßt sich die Bedeutung des Einzelnen richtig bemessen. Was ursprünglich wichtig scheint, erweist sich vielleicht neben allem Anderen als ein geringfügiges, der Beachtung unwerthes Ding. Warum dann nicht auch die Proceßeinreden, wie alle anderen Vertheidigungsmittel, der Destillation der mündlichen Verhandlung unterwerfen? Darüber Klarheit zu erlangen, ob der Proceßeinrede ein selbstständiges, des Schutzes werthes Interesse entspricht oder ob sie nur vorgebracht wird, um das Verfahren zu erschweren und zu verzögern, dafür gibt es aber nur ein Mittel: die gleichzeitige Erörterung von Proceßeinrede und Meritum in der mündlichen Streitverhandlung. Die abgesonderte Verhandlung vor Befassung mit dem Meritum begründet immer die Gefahr, daß das Gericht damit dem Beklagten in die Falle geht. Mit der abgesonderten Verhandlung und dem Rechtsmittelzug hat er erreicht, worauf er es oft allein abgesehen hat: die ausgiebige Verschleppung seiner Verurtheilung. Ob dann nach Abwicklung der Verhandlung und des Instanzenzuges seine Einrede verworfen wird, ist ihm vielleicht gleichgiltig. Will das Gericht nicht dazu mithelfen, so muß es je eher sich darüber zu vergewissern oder wenigstens ungefähr herauszufinden suchen, wie es mit der Richtigkeit, Stichhältigkeit der Proceßeinrede steht. So unerhört das vom Standpunkte des alten Processes sein mag, heute darf der Richter, wenn er den Proceß gut leiten will, solche Calculationen nicht ablehnen. Sie gehören zu seinen Pflichten, weil es nach

dem Gesetze seine Pflicht ist, für einen raschen, durchaus zweckentsprechenden und billigen Verlauf des Processes, für eine baldige Urtheilsschöpfung zu sorgen, weil die Verhandlung nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausgedehnt werden darf (§. 180, Abs. 3). Die peinlichste Zurückhaltung in Anordnung vorausgehender abgesonderter Verhandlungen über Proceßeinreden ist auch deshalb geboten, weil gerade die sogenannten foridéclinatorischen Einreden zu den am schwersten empfundenen Mißständen des früheren Processes gehörten. Vielleicht am besten zeigen die Petitionen, die seinerzeit wegen Reform des Civilprocesses überreicht wurden, wie ungünstig Laien und Juristen über diese Einreden dachten. „Die Bestimmungen unserer Gesetze (sc. über die Proceßeinreden) machen ein Vorspiel von vielen Monaten nicht blos möglich, sondern veranlassen es sehr häufig, bevor man zur Sache kommt." „Bei Benützung der Einreden — heißt es in einer anderen Petition — kann jeder Proceß in die Jahre hinausgezogen werden." Eine dritte tadelt gerade im Hinblicke auf diese von der Streiteinlassung befreienden Einreden „das gesetzliche und gewohnheitsmäßige System der Verschleppung" u. s. w.[1]) Die Gefahr der Wiederkehr dieser Zustände muß für alle Zukunft gebannt werden. Deshalb darf die abgesonderte Verhandlung der Proceßeinreden *vor* der mündlichen Streitverhandlung — das Abbild der früheren, so laut verurtheilten Praxis — nicht zur Gewohnheit werden, trotzdem das Gesetz die Befreiung von der Einlassungspflicht beseitigt hat (§. 260, Abs. 1). Es würden sonst wahrscheinlich die Vorwürfe, die sich früher gegen *das Gesetz* richteten, nicht mit Unrecht nun gegen die Praxis erhoben werden, die jetzt nicht einmal mehr die Entschuldigung hätte, durch einen Fehler des Gesetzes gehindert zu sein, sich in der richtigen Bahn zu entwickeln und der Chicane den Erfolg zu entreißen.

Das Minimum dessen, was das Gesetz nach seinen Zielen von der Praxis fordert, ist daher, daß abgesonderte Verhandlung über Proceßeinreden nicht angeordnet wird, bevor das Gericht

---

[1]) Vgl. *mein* Pro futuro, S. 52.

nicht mittels vorläufiger Besprechung des Streitfalles sich einigermaßen orientirt hat, wie es mit der Einrede steht, ob sie voraussichtlich begründet oder nur ein Chicanebehelf ist, und welches Verhältniß zwischen dem Einredethatbestande und dem Sachverhalte in der Hauptsache obwaltet. Darüber ohne langstielige Verhandlung sich eine Ansicht zu verschaffen, ist möglich. Mehr noch: einem erfahrenen Richter, der sich für seine Aufgabe interessirt, wird sich, sobald er die Sache halbwegs überblickt, eine solche Ansicht von selbst aufdrängen. Das ist eine — man darf sagen — mit der Berufsgewohnheit gegebene Reflexüberlegung. Manche Proceßeinreden, wie z. B. die Einrede der Streitanhängigkeit oder der Rechtskraft, lassen sich überdies meistens ohne gleichzeitige Erörterung der Hauptsache überhaupt nicht auf ihre Grundhältigkeit prüfen. Deshalb nicht abgesonderte Verhandlung, weil das Vorbringen eine Proceßeinrede ist und daher eventuell der Proceß ohne meritorische Verhandlung erledigt werden kann, sondern abgesonderte Verhandlung nur dann, wenn — angesehen und beurtheilt auf dem Hintergrunde, den die orientirende Besprechung mit den Parteien geliefert hat: a) der Proceßeinrede voraussichtlich wird stattgegeben werden müssen, und b) außerdem nach ihrem Thatbestande die gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptsache weder für die Proceßeinrede, noch für die Hauptsache die Wirkung hätte, die Erledigung des Processes zu vereinfachen oder zu beschleunigen oder den Kostenaufwand zu mindern. Man kann hier die Voraussetzungen der Verbindung (§. 187, Abs. 1) analog anwenden. Das verlangt vom Gerichte eine neue geistige Anspannung. Es soll selbst diese Vorfrage statt nach handsamen, sinnenfälligen äußeren Merkmalen nach inneren, aus dem Meritum der Sache geschöpften Gründen entscheiden, zudem nach vorerst nur halbsicheren, nach Wahrscheinlichkeitsgründen. Der neue Proceß ist thatsächlich mitunter recht prätentiös und unbequem, aber doch nur unbequem im Kleinen. Die vorläufige orientirende Prüfung, die dem Richter zugemuthet wird, lohnt sich bei der weiteren Proceßleitung aufs Reichlichste. Sie gibt ihm nämlich ungebeten und mühelos den Plan für die Verhandlung, erleichtert die geistige Aufnahme und Beherrschung des Behauptungs- und Beweismateriales, das der

Richter — im Besitze eines Ueberblickes — sofort systematisch vertheilen und gruppiren kann, und endlich ist diese Prüfung oft eine treffliche Vorarbeit für das Urtheil selbst. Dem Einwurfe, daß dann auf nicht ganz festen Voraussetzungen über die Einrede geurtheilt werden müßte, sind zwei Dinge entgegenzuhalten. Erstens verpflichten die Civilproceß- und Executionsordnung das Gericht auch in anderen Beziehungen zum Entscheiden nach Wahrscheinlichkeitsgründen. Dann aber greift gerade diese Entscheidung hier am wenigsten irgendwie vor, da bei vereinigter Verhandlung ohneweiters zur Sonderung übergegangen werden kann, sobald sich die Sachlage in der Verhandlung selbst so entwickelt und klärt, daß die Bedingungen für eine abgesonderte Verhandlung nun in der That vorhanden scheinen.

Die vorläufige Orientirung, von der früher die Rede war, kann im Gerichtshofsverfahren gleich bei der ersten Tagsatzung versucht werden, wenn der Senat dies dem beauftragten Richter gegen Berichterstattung überlassen will. Die zur Substantiirung der Proceßeinreden vorgebrachten wesentlichen Thatsachen werden im Protokolle kurz anzumerken sein. Die Anordnung vorausgehender abgesonderter Verhandlung über die Proceßeinreden kann nicht vor dem Auftrage zur Beantwortung der Klage erfolgen, weil letzterer Auftrag schon bei der ersten Tagsatzung zu ertheilen ist (§. 243, Abs. 1), während abgesonderte Verhandlung durch Senatsbeschluß angeordnet wird (§. 260, Abs. 1). Der Auftrag zur Klagebeantwortung bleibt trotz nachfolgender Anordnung abgesonderter Verhandlung in Kraft, und die Frist für die Klagebeantwortung läuft fort. Die einzige Rückwirkung eines derartigen Beschlusses ist, daß die zur Begründung der Einreden dienenden Anführungen und Beweisanbietungen nun aus der Klagebeantwortung entfallen (arg. §. 243, Abs. 2). Der Senat wird daher eher wegen der nun schon in Aussicht stehenden Klagebeantwortung die Anordnung vorausgehender abgesonderter Verhandlung sich überlegen müssen, nicht darf er umgekehrt der abgesonderten Verhandlung wegen den Auftrag zur Klagebeantwortung rückgängig machen. Man könnte auf das Auskunftsmittel gerathen, den Lauf der Klagebeantwortungsfrist durch eine Unter-

brechung wegen präjudiciellen Rechtsstreites (§. 190) zu hemmen, wobei die vorläufige abgesonderte Verhandlung über die Proceßeinrede den Part des „präjudiciellen Rechtsstreites" zu übernehmen hätte. Doch das scheitert daran, daß der präjudicielle Rechtsstreit — wie früher erwähnt (S. 77) — ein für die Entscheidung in der Hauptsache maßgebendes Rechtsverhältniß zum Gegenstande haben muß. Beiläufig bemerkt, geht es aus dem gleichen Grunde auch nicht an, die abgesonderte Verhandlung selbst etwa deswegen zu unterbrechen, weil ein für die Proceßeinrede präjudicielles streitiges Rechtsverhältniß Gegenstand eines anhängigen Rechtsstreites ist. Die Zuständigkeit des Proceßgerichtes wird z. B. auf eine Forderung des Beklagten gegen einen inländischen Drittschuldner gegründet (Gerichtsstand des Vermögens). Beklagter will aber diese Forderung schon vor Anbringung der Klage cedirt haben, und zur Zeit ist über die Rechtswirksamkeit der Cession zwischen dem Cessionar und dem Drittschuldner ein Rechtsstreit anhängig. Unterbrechung ist hier nicht statthaft, das Proceßgericht muß selbstständig über diese Competenzbedingung urtheilen.

Nicht ganz werthlos für die Bekämpfung etwaiger dilatorischer Haupt- oder Nebenzwecke der Proceßeinreden ist endlich die Form, in der über die Einrede entschieden wird. Damit kann nämlich die Vereinigung von Hauptsache und Proceßeinrede auf das Rechtsmittelverfahren ausgedehnt und ihr somit noch ein weiterer Vortheil abgewonnen werden. Es ist zweierlei möglich: eigentliche gemeinsame Verhandlung über Hauptsache und Proceßeinrede und Verhandlung über die Proceßeinrede in der Streitverhandlung, aber abgesondert von der Hauptsache (§. 189). Im ersteren Falle ist die Entscheidung, womit die Einrede verworfen wird, in die Entscheidung der Hauptsache aufzunehmen (§. 261, Abs. 1), wodurch jede Gelegenheit zu einem besonderen Rechtsmittelverfahren über die Proceßeinrede beseitigt ist. Im anderen Falle aber lassen sich dilatorische Tendenzen dadurch vereiteln, daß nach Verwerfung der Proceßeinrede die unverzügliche Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache angeordnet wird. Hiedurch ist gleichfalls dem mit dem separaten Rechtsmittelzuge verbundenen Aufschub vorgebeugt (§. 261, Abs. 2). Bei nur

einigem Vertrauen in die Richtigkeit der eigenen Entscheidung dürfte ein solches unmittelbares Uebergehen zur Verhandlung der Hauptsache wohl stets angemessen sein. Das Gesetz will kaum, daß hier der Vorbehalt der Rechtskraft zur Regel wird. Und es hieße den Fehler nur verdoppeln, wenn das Gericht — gewissermaßen als Ersatz für den Zeitaufwand des Rechtsmittelzuges — sich in dem Beschlusse bereit erklären wollte, nach Rechtskraft die Tagsatzung zur Verhandlung der Hauptsache von amtswegen anzuordnen. Denn die Anberaumung dieser Tagsatzung zu erwirken, ist im Gesetze den Parteien vorbehalten (§. 261, Abs. 4). Die Einbeziehung der Proceßeinreden in die mündliche Streitverhandlung gestattet — wie sich hienach ergibt — beiden Anforderungen je nach Bedarf zu genügen: wo es die Verschiedenheit des Thatbestandes oder andere Gesichtspunkte räthlich scheinen lassen, die Erörterung der Proceßeinreden von der Discussion der Hauptsache zu sondern, dennoch aber die Durchführung des Processes vor Störungen durch die Proceßeinreden zu bewahren, wo letztere offenbar oder vermuthlich unbegründet sind. Bei Verhandlung der Proceßeinreden vor der mündlichen Streitverhandlung (§. 243, Abs. 2) fehlt dem Gerichte eine Disposition über die Anfechtbarkeit der Entscheidung. Aber es läßt sich noch immer ihr praktischer Effect erreichen, wenn sich etwa nach Einleitung der abgesonderten Verhandlung aus deren Verlaufe oder aus dem Inhalte der inzwischen überreichten Klagebeantwortung zeigen sollte, daß die Aufschiebung der Anfechtbarkeit die Vorsicht für sich hätte. Das Gericht braucht nur — was es stets kann — die Aufhebung der Sonderung zu verfügen und die Fortsetzung der Verhandlung über die Proceßeinreden in die mündliche Streitverhandlung zu verlegen. Die Zweckmäßigkeit kann auf diese Art zum Durchbruche kommen, wenn auch das Gericht anfangs einen falschen Weg eingeschlagen hat und sich durch eine unzutreffende Beurtheilung der Proceßeinrede und ihres Verhältnisses zur Hauptsache hat irreleiten lassen. So wenig als Stillstand, Unterbrechung des Verfahrens in der Hauptsache, bewirkt die Anordnung vorgängiger abgesonderter Verhandlung über die Proceßeinreden an und für sich Verlängerung der Frist für die Klagebeantwortung (§. 243,

Abs. 1). Das Gericht muß in jedem einzelnen Falle auf seine eigene Verantwortung beschließen, ob Grund zur Fristerstreckung vorhanden ist. Der Nothwendigkeit, über Inhalt und Gewicht der Proceßeinreden und über ihr Verhältniß zur Hauptsache im Voraus eine Wahrscheinlichkeitsberechnung anzustellen, entgeht sonach das Gericht in keinem Falle. Wie man es dreht und wendet, zweifelhaft begründeten Proceßeinreden soll und darf nach der Tendenz des Gesetzes verzögernde Wirkung nicht beigelegt werden.

Zur Trennung der Verhandlung nach Grund und Betrag des streitigen Anspruches wird man sich in der Regel dann entschließen, wenn zur Ermittlung des Betrages weitergreifende und doch blos auf die Ziffer beschränkte contradictorische Erörterungen nothwendig sind und zugleich das Beweismateriale ein derart getheiltes ist, daß die Beweisaufnahmen über den Bestand des Anspruches zur Feststellung der Ziffer nichts beitragen und umgekehrt. Denn ebensowenig als eine unmotivirte Verdoppelung der contradictorischen Erörterung würde es sich mit der Pflicht größtmöglicher Proceßökonomie vertragen, zur späteren Verhandlung über den Betrag Beweise vor Gericht bringen zu müssen, die schon einmal bei der Verhandlung über den Grund des Anspruches dem Gerichte zu Gebote standen, damals aber bewußt nicht im vollen Umfange durchgeführt, nicht voll ausgenützt wurden. Die Trennung wäre demnach unangebracht, wo die Ziffer des Anspruches ohne weitere Beweise oder mit Hilfe der für den Grund des Anspruches beigebrachten und zugelassenen Beweise liquidirt werden kann, oder wo Festsetzung des Betrages nach freier richterlicher Ueberzeugung (§. 273) zulässig und möglich ist. Noch weniger würde sie sich rechtfertigen bei unbestrittener Höhe des Betrages, oder wo die Ziffer nach der gegebenen Sach- und Rechtslage fast selbstverständlich, das Resultat einer einfachen Rechnung ist. Wenn man im Anfange vielleicht öfter Stoff und Inhalt für einen zweiten selbstständigen Proceßabschnitt gegeben erachtete, als es streng genommen der Fall war, so mag die noch nicht verschwundene Anschauung Einiges dazu beigetragen haben, dem Gerichte müßten auch die vulgärsten, selbstverständlichsten Dinge bewiesen werden. Nach dem früheren Processe war der

Richter — außerhalb der eigentlichen Rechtskenntnisse — sozusagen ein Nichtswisser von gesetzeswegen. Was Groß und Klein wußte und glaubte, für ihn war es nicht da; er war immer von Neuem die frische Wissensunschuld, der erst im Processe „gerichtsordnungsmäßig" die Grundelemente des socialen und wirthschaftlichen Lebens eingeflößt wurden. Das wirkt nach. Ein Zeichen, wie sehr dieses Vorurtheil befangen macht, ist z. B. der Vorgang in Vaterschaftsprocessen, behufs Entscheidung über die Angemessenheit der für das Kind begehrten Alimente Sachverständigenbeweis anzuordnen, während höchstens die Vermögensverhältnisse des Beklagten zum Beweise zu verstellen wären. Denn den Schluß daraus auf die Ziffer des Alimentationsbetrages hat das Gericht zu ziehen. Selbst aber der Beweis der Vermögensverhältnisse würde in den meisten Fällen entbehrt werden können, und zwar entweder wegen der Notorietät (§. 269), oder weil hier wie fast nirgends sonst die Festsetzung des Betrages nach freier Ueberzeugung (§. 273) am Platze ist. Sobald man dies übersieht, erscheint freilich die Erörterung und Feststellung des Betrages leicht als ein eigener wichtiger Abschnitt, in den man nicht eingehen will, bevor die Entscheidung über den Grund des Anspruches nicht rechtskräftig feststeht. Da sich aber die Praxis auch in diesem Punkte immer allgemeiner in die Grundsätze des neuen Processes hineinfinden wird, so werden sich die unter dem Einflusse alter Auffassungen angeordneten, weniger zweckmäßigen Trennungen nach Grund und Betrag des Anspruches mit der Zeit wohl etwas mindern.

Die vorläufige Beschränkung der Verhandlung auf Proceßeinreden oder auf den Grund des Anspruches kann zu einer abgesonderten Entscheidung führen, die Trennung der Verhandlung nach anderen Streitpunkten, Angriffs- und Vertheidigungsmitteln hebt jedoch an sich die Einheit des Urtheiles nicht auf. Abgesonderte Entscheidung mittels Zwischenurtheiles ist in Ansehung dieser letzteren Gruppe nur möglich, insoferne der zunächst allein verhandelte Streitpunkt u. s. w. zugleich Gegenstand eines Zwischenantrages auf Feststellung ist (§. 393, Abs. 2).

Die Proceßleitung ist, das zeigt sich so in jeder ihrer Anwendungen, der Lebensnerv unseres Processes. Fast allein an ihr

liegt es, ob wir — wie es die Gesetzgebung anstrebte — im Verfahren der Civilproceßordnung ein gutes, einfaches, volksthümliches, rasches und billiges Verfahren besitzen. Alle Regeln der Wahrheitsfindung und Rechtsprechung erhalten erst durch die Proceßleitung Werth, Kraft, Geltung. Verletzungen des Proceßgesetzes sind in jedem Falle zu mißbilligen, und doch gibt es Bestimmungen genug, deren Mißverständniß und irrige Anwendung — man könnte beinahe sagen — gleichgiltig ist gegenüber dem materiellen und idealen Schaden einer fehlerhaften, ungenügenden Proceßleitung. Damit die Rechtsprechung vor diesem Schaden behütet werde und die Proceßleitung ihre gesetzliche Bestimmung erfülle, ist aber — um kurz zu resumiren — lebhafte, stets wache Empfänglichkeit für Alles nöthig, was auf Concentration, Zusammenfassen, arbeitserleichternde Combination abzielt, und zugleich Sprödigkeit gegen solche proceßleitende Maßregeln geboten, die im Zerlegen, Zertheilen, Aufschieben bestehen. Keine Vorliebe für das Successive, sondern Begünstigung des Simultanen. Möglichst viel zu gleicher Zeit, damit jeder Act sofort nach allen Seiten fördernd wirkt, den vollen ihm innewohnenden processualischen Effect ausüben kann. Keine Verschwendung der Arbeitskraft, keine Beschränkung des Arbeitsnutzens durch zweckwidrige Arbeitstrennung. Dem natürlichen Drange nach Arbeitsminderung ist durch Steigerung der geistigen Energie, nicht durch mechanisches Zerkleinern zu entsprechen, denn mit letzterem erzielt man bestenfalls eine geringfügige augenblickliche Entlastung, die Arbeitsmenge im Ganzen wird, statt sich zu mindern, erhöht.

IV.

Das vorbereitende Verfahren.

Ohne irgend etwas ändern zu müſſen, ſind die ſoeben für die Proceßleitungsmethode aufgeſtellten programmatiſchen Sätze auch das Recept für das vorbereitende Verfahren. Iſt doch dieſes Inſtitut an und für ſich gleichfalls eine Art proceßleitender Veranſtaltung, die nur zu ſelbſtſtändig durchgebildet iſt, um einzig unter dem Geſichtspunkte einer der vielen Anwendungen der Proceßleitungsbefugniſſe betrachtet zu werden. Wie die Chirurgie verwundet, um zu heilen, ſo arbeitet auch das vorbereitende Verfahren mit dem Gegenſatze ſeiner Wirkung: es zertheilt, um zu vereinigen, es will mittels des Succeſſiven concentriren. Das Gleichniß aus der Chirurgie läßt auch das Ergebniß unſerer bisherigen Erfahrungen mit dem vorbereitenden Verfahren in die anſchaulichſte Form kleiden. Die Wunde, die Körperverletzung, die des ärztlichen Zweckes halber zugefügt wird, darf kein ſchwereres Uebel ſein als die Erkrankung, die chirurgiſch geheilt werden ſoll. Im vorbereitenden Verfahren iſt jedoch ſehr häufig das Succeſſive gediehen, die Concentration verkümmert. Die einheitliche mündliche Verhandlung, die mit Hilfe des vorbereitenden Verfahrens widerſtrebenden Verhältniſſen abgerungen werden ſoll, läßt ſich formell zwar erreichen, aber ſie iſt dann oft nur ein Schattenbild deſſen, was die mündliche Verhandlung wirklich ſein ſoll. Das Beſte der mündlichen Verhandlung und die meiſten Vortheile, die das neue Verfahren dem praktiſchen Proceßzwecke gewährt, gehen durch das vorbereitende Verfahren viel zu oft verloren. Wenn das vorbereitende Verfahren demnach weniger befrie-

digt, so hat dies seinen letzten Grund nicht so sehr in der Art und Einrichtung des vorbereitenden Verfahrens, sondern darin, daß die Praxis für dieses Verfahren durchgehends zu gut geworden ist. Sie beherrscht das gewöhnliche mündliche Verfahren weit darüber hinaus, wo das vorbereitende Verfahren noch nützlich sein kann. Dieses ist vom französischen Rechte her, aus dem es stammt, eine Notheinrichtung, eine Vorsichtsmaßregel. Es hat nirgends einen eigenen Zweck, es wird immer nur als Rettungsanstalt für ausnahmsweise schwierige Fälle oder für weniger gewandte Richter in das Proceßrecht aufgenommen. Auch wir durften uns dieser Vorsicht nicht rundweg entschlagen. Wer konnte wissen, ob nach hundertjähriger Erstarrung die Fähigkeiten für die Mündlichkeit nicht erst neu erworben werden müssen? Einen Maßstab gab es: den Strafproceß. So weit konnten wir in Civilstreitsachen jedenfalls gehen, alles Weitere war zweifelhaft. Das vorbereitende Verfahren ist nun im Grunde nichts Anderes, als die Aufnahme der Theilung zwischen Voruntersuchung und Hauptverhandlung in den Civilproceß. Das Raisonnement aber war: Befriedigt das Strafverfahren im Ganzen, so wird es unter allen Umständen schon ein Fortschritt sein, wenn der Civilproceß dem Strafverfahren gleich wird. Das ist ein sicherer Gewinn. Ob mehr zu erreichen ist und ob man im Civilverfahren selbst ohne die Unterstützung auskommen wird, an die sich die Justiz nun einmal im Strafverfahren gewöhnt hat, kann dann der Zukunft anheimgegeben werden. Die Reform war in keinem Falle völlig vergeblich. Nun geschah das Wunderbare, und es zeigte sich zu unserer Aller Freude, daß die Civilproceßpraxis nicht blos hergerichtetes Halbfabricat, sondern unmittelbar den Rohstoff selbst mit Geschick und Erfolg zu verarbeiten versteht. Von da an mußte natürlich das vorbereitende Verfahren wie jede abgethane Entwicklungsstufe uns schwerfällig und überflüssig scheinen. Aber es ist nicht der Eindruck, die Anschauung allein. In der Natur gibt es merkwürdige Abnormitäten, Naturspiele, Entwicklungslaunen, Atavismen, aber immer nur einzelne Rückfälle, nirgends dauernde Rückbildung. Sowie wir erkennen und anerkennen, daß das vorbereitende Verfahren nur eine Uebergangsstufe, einen

Nothbehelf darstellt, über welche die Proceßtechnik schon hinausgeschritten ist, wissen wir auch: das vorbereitende Verfahren hat neben der vollkommeneren Form kein unbeschränktes Daseinsrecht mehr. Es ist bestimmt, zu verschwinden, weil ihm sein Zweck größtentheils genommen ist. Die Entwicklung des Civilprocesses liegt in der Richtung, die vom vorbereitenden Verfahren hinwegführt.

1. **Bedingungen der Einleitung.** Die Praxis hat bereits begonnen, diese Bahn einzuschlagen. Von dem ersten Ueberschwange des vorbereitenden Verfahrens ist sie abgekommen, und die Parteianträge auf Einleitung des vorbereitenden Verfahrens treffen überwiegend — wie es dem Gesetze entspricht — auf kühle Kritik. Die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens in den sogenannten Punktensachen (§. 245, Z. 1) hält sich in mäßigem Umfange, und mit Genugthuung wird bald da, bald dort darauf verwiesen, daß es gelungen ist, eine große Verrechnung, einen Bauproceß in zwei, drei mehrstündigen Verhandlungen ohne vorbereitendes Verfahren gut zu Ende zu führen. Ein Zeichen, daß das vorbereitende Verfahren um so entbehrlicher wird, je mehr man in der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit heimisch wird, je mehr man mit dem Proceßstoff disponiren, den Kern des Streites aus den Vorträgen herausschälen lernt, je sicherer das Auge, je fester die Hand wird. In der Gruppe von Sachen, in der man das vorbereitende Verfahren am begreiflichsten finden müßte, in den Punktensachen, ist es übrigens vom Anfange sporadischer gewesen, als in den beiden anderen Kategorien, wo es wirklich nur die Ausnahme bilden sollte. Denn was zunächst die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens wegen zu umfangreichen thatsächlichen Vorbringens (§. 245, Z. 2) betrifft, so handelt es sich hiebei unbestreitbar nur um eine subjective Fertigkeit, nicht um einen objectiven Grund. Es kann das thatsächliche Vorbringen in der mündlichen Verhandlung gesichtet und geordnet werden, es kann dies im vorbereitenden Verfahren geschehen. Letzteres stellt aber auch keinen Registrirungs- oder Klärungsapparat zur Verfügung, sondern das Sichten und Ordnen muß — wie sonst der Vorsitzende — der beauftragte Richter unter Beihilfe der Parteien besorgen. Der beauftragte Richter kann

nun dabei nichts Anderes thun, als der Vorsitzende. Die Parteien sind im vorbereitenden Verfahren wie bei der mündlichen Verhandlung unentbehrlich, und die Ordnung wird mittels mündlicher Verhandlung meistens schneller und leichter erreicht werden, als durch Einzelvernehmung der Parteien. Deshalb läuft hier Alles auf die Frage hinaus, wo: ob im vorbereitenden Verfahren oder bei der mündlichen Verhandlung diese Ordnung mit geringerer Mühe und mit weniger Umständlichkeit wird bewirkt werden können. Dabei fällt nun hauptsächlich ins Gewicht, daß in der mündlichen Verhandlung vorgenommen, die Ordnung und Sichtung von allen Vorgängen, Wendungen und Ergebnissen der Verhandlung profitirt. Der beauftragte Richter ordnet ein todtes Materiale nach logischen Kriterien, in der mündlichen Verhandlung dagegen treten die Beziehungen der einzelnen Behauptungen zu den im Processe zu lösenden Rechtsfragen nothwendig vom Anbeginne hervor. Die Ordnung und Sichtung in der mündlichen Verhandlung wird in Folge dessen — im Gegensatze zu der des vorbereitenden Verfahrens — keine rein registrirende, archivarische, sondern eine vom Proceßzwecke, von der Klage und Vertheidigung beherrschte juristische Ordnung sein. Diejenigen Seiten oder Theile des Vorbringens, die nach der mündlichen Verhandlung für das Urtheil unerheblich sind, kommen hier bei der Ordnung überhaupt nicht in Frage: sie können wohl vom Vorsitzenden bei der mündlichen Verhandlung, nicht aber vom beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren unberücksichtigt gelassen werden. Denn Letzterer muß alle Eventualitäten vorsehen und weiß nicht, wie die Verhandlung sich gestalten, wohin sich die Auffassung des Senates wenden wird. Wenn schon aus keinem anderem, so wird also aus diesem Grunde die Ordnung und Sichtung in der mündlichen Verhandlung fast regelmäßig einfacher sein und eine größere Arbeitsersparniß gewähren, als die Ordnung im vorbereitenden Verfahren. Das Materiale wird durch das vorbereitende Verfahren eher vermehrt als verringert. Nicht zu vergessen, daß dem Vorsitzenden die Ordnung und Sichtung in der mündlichen Verhandlung auch deshalb meistens besser von statten gehen wird, weil er sich eben als Vorsitzender Uebung

und Routine in der Behandlung der Streitfälle und in der Disposition mit dem Proceßstoffe erwirbt, während der beauftragte Richter weit seltener Gelegenheit erhält, sich in derartigen Aufgaben zu erproben, Erfahrungen dabei zu sammeln. Es ist darum begreiflich, wenn man von Vorsitzenden häufig versichern hört, daß die vorgängige Ordnung weder die mündliche Verhandlung, noch die Verhandlungsleitung beträchtlich entlastet oder fördert. Das legt es nahe, vorbereitendes Verfahren nach §. 245, Z. 2 wirklich nur in ganz besonderen Fällen einzuleiten und nur nach eindringlichster Prüfung, was dem einzelnen Processe am meisten frommt. Daß die Zweckmäßigkeit vorbereitenden Verfahrens nach §. 245, Z. 2 solcher Prüfung standhält, wird sich kaum allzu häufig ereignen. Das empfehlenswertheste vorbereitende Verfahren wird hier in der Regel gründliche Vorbereitung des Vorsitzenden durch Actenstudium sein: mit Hilfe einer solchen Vorbereitung wird in der mündlichen Streitverhandlung auch ein etwas trüber, factenreicher Proceßstoff mit den normalen Mitteln der Proceßleitung in nicht zu langer Zeit sich klären lassen. Eine geschickte Verhandlungsleitung ist eben wie bei Punktensachen, so auch bei umfangreichem thatsächlichem Vorbringen durchschnittlich mehr werth, als die Unterstützung der mündlichen Streitverhandlung durch das vorbereitende Verfahren. Auch müssen zwei Dinge auseinandergehalten werden: effectiver Umfang und Complicirtheit des in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltenen thatsächlichen Vorbringens und — was davon sehr verschieden ist — Aufbauschen eines verhältnißmäßig einfachen Sachverhaltes in den vorbereitenden Schriftsätzen, umfangreiche, complicirte Exposition eines an sich einfachen Sachverhaltes. Man wird an die vorbereitenden Schriftsätze die Sonde anlegen müssen, um den voraussichtlich wirklich entscheidenden Sachverhalt aus allen seinen Hüllen und Vermummungen herauszusuchen, bevor man einen umfangreichen Proceßstoff als vorhanden annimmt.

Im vorbereitenden Verfahren nach §. 245, Z. 2, kann auch Vorbereitung des Beweisverfahrens stattfinden (§. 251); inwiefern dies zur Einleitung des vorbereitenden Verfahrens Ursache geben kann, fällt mit dem Folgenden zusammen.

Für die Einleitung vorbereitenden Verfahrens wegen Nothwendigkeit mittelbarer Beweisaufnahme (§. 245, Z. 3) ist meistens das Motiv bestimmend, einer Vertagung der mündlichen Verhandlung auszuweichen. Das ist richtig gedacht und geht auf den Zweck der gesetzlichen Vorschrift ein, aber es hat seine Grenzen. Das vorbereitende Verfahren wegen mittelbarer Beweisaufnahme besteht aus der Ermittlung des Sachverhältnisses und aus der Aufnahme der vom Senate bezeichneten Beweise (§. 253). Ob sich die Ergebnisse der summarischen Sachverhaltsermittlung in der mündlichen Streitverhandlung verwerthen lassen, das ist eine Frage der concreten Umstände: eine sichere Activpost ist es keinesfalls. Soferne das vorbereitende Verfahren nicht erst während der mündlichen Streitverhandlung beschlossen wird (§. 246, Abs. 2) — was wieder aus anderen Ursachen nicht zu begünstigen ist — können die angebotenen Beweise und die Thatsachen, deren Beweis beantragt wird, nur nach den vorbereitenden Schriftsätzen beurtheilt werden. Die Schriftsätze kündigen, wenn gut gemacht, beides nur knapp an und schließen weder weiteres thatsächliches Vorbringen, noch neue Beweismittel aus; vielleicht führt erst die mündliche Streitverhandlung auf die rechte Spur und die eigentlich entscheidenden Umstände. Die Einleitung vorbereitenden Verfahrens auf Grund der Klage und Klagebeantwortung ist deshalb in hohem Grade der Gefahr ausgesetzt, daß einerseits Beweis über Thatumstände angeordnet wird, die nur erheblich scheinen, es schließlich nicht wirklich sind, und daß andererseits die Aufnahme von Beweisen aufgetragen wird, die sich als nichtssagend, unergiebig, unbrauchbar entpuppen. Sowie eines davon eintritt, war das vorbereitende Verfahren zwecklos und, wo die Täuschung die zu Beweis verstellten Thatumstände betrifft, vermöge der nun unbenützbaren Sachverhaltsermittlung geradezu schädlich, eine unproductive Proceßthätigkeit, welche die Beendigung des Processes verzögerte. Damit hat es außerdem noch ein anderes Bewandtniß. Ob eine Beweisanbietung zum Zwecke der Verschleppung gemacht wird, darüber kann man in der mündlichen Verhandlung halbwegs zu einer Vermuthung gelangen; in den vorbereitenden Schriftsätzen stehen die ehrlichen und die captiösen Beweisanbie-

tungen uniform in einer Reihe. Wird nun eine Beweisanbietung, die dem legitimen Proceßzwecke nicht dient — weil nach den Schriftsätzen scheinbar zur Sache gehörig — zu vorbereitendem Verfahren verwiesen, so ist der Proceß rettungslos der beabsichtigten Verschleppung preisgegeben. Die Beweisaufnahmen im vorbereitenden Verfahren entbehren nämlich einer ähnlichen regulirenden Befristung, wie sie das Gesetz (§. 279) für Beweisaufnahmen außerhalb des vorbereitenden Verfahrens ermöglicht. Die Ansicht, der beauftragte Richter im vorbereitenden Verfahren könne eine solche Frist für die Beweisaufnahme bestimmen, ist irrig: der beauftragte Richter hat im vorbereitenden Verfahren nur die Befugnisse des Senatsvorsitzenden (§. 249), jene Frist hat aber nach dem Gesetze das Gericht zu bestimmen. Nach diesen Andeutungen genügt es also nicht, blos darauf zu sehen, ob sich mittels vorbereitenden Verfahrens Vertagung verhüten läßt. Die Prämissen für die Einleitung vorbereitenden Verfahrens zur Beweisaufnahme sind viel zahlreicher. Auf der einen Seite wird zu erwägen sein: die voraussichtliche Dauer der Vertagung, der Einfluß dieser Vertagung auf den praktischen Zweck des Processes, der Werth und Einfluß der unmittelbaren Beweisaufnahme. Auf der anderen Seite: die voraussichtliche Dauer des vorbereitenden Verfahrens und ihr Verhältniß zur Dauer der Vertagung, die wahrscheinliche Erheblichkeit der zu beweisenden Anführungen, der wahrscheinliche Werth der Beweise, die Gefahr, überflüssige Beweise aufzunehmen, die Schwierigkeit und Verwendbarkeit der Sachverhaltsermittlung, die Nothwendigkeit einer Befristung der Beweisaufnahme und eventuell die Steigerung der Kosten durch das vorbereitende Verfahren. Nur wenn, auf alles dies geprüft, das vorbereitende Verfahren im einzelnen Falle zweifellos das Vortheilhaftere ist, wäre es einzuleiten. In den weitaus meisten Fällen dürfte es aber behutsamer und klüger sein, zu warten, ob die contradictorische Erörterung in der Streitverhandlung scheinbar erhebliche Thatumstände außer Streit setzt oder ihre Belanglosigkeit zeigt und ihnen andere Umstände substituirt, und ob nicht Gleiches betreffs der Beweismittel sich vollzieht. Dann ist noch immer Zeit zu einem Beweisbeschlusse, der sich strenge

auf die wahrhaft erheblichen Behauptungen und die wirklich nothwendigen Beweise beschränken kann. Der materiellen Proceßleitung und freien Beweiswürdigung läßt letzterer Vorgang jedenfalls mehr Möglichkeit, ihre Vereinfachungstendenzen zu bethätigen, als die Einleitung vorbereitenden Verfahrens. Alle früher angeführten, mehr typischen Maßstäbe kann gelegentlich, das soll nicht geleugnet werden, ein individuelles Moment schlagen, das trotz minder klarer Bilanz zur Einleitung des vorbereitenden Verfahrens treibt. Nur darf es nicht jenseits der Rechtssache selbst gelegen sein, wie z. B. eine augenblickliche übermäßige Anhäufung von Processen bei Gericht oder bei einem Senat u. ä. Nach dem Vorangehenden versteht es sich von selbst, daß nicht wegen jedes auswärts wohnenden Zeugen oder wegen eines Beweises durch Handelsbücher, die sich im Auslande befinden, ohne Weiteres vorbereitendes Verfahren eingeleitet werden darf. Desgleichen ist die Einleitung vorbereitenden Verfahrens nicht am Platze, wenn der nämliche Effect durch eine proceßleitende Verfügung des Vorsitzenden ebenso vollständig, nur noch rascher, einfacher und billiger, erreicht werden kann. So wäre es z. B. irrig, anstatt die Vornahme eines Augenscheines oder einer Sachverständigenbegutachtung nach §. 183, Z. 4 anzuordnen, vorbereitendes Verfahren einzuleiten, in dem schließlich auch nur der Augenschein u. s. w. durch den beauftragten Richter eingenommen werden kann, das aber durch die Ermittlung des Sachverhältnisses und durch alle anderen eventuellen Weiterungen eine erhebliche Verzögerung und Erschwerung des Processes verursacht. Nicht minder verfehlt wäre die Einleitung vorbereitenden Verfahrens zur Sichtung einer umfangreichen Correspondenz, zur Aufnahme eines Urkundenbeweises mittels Einsicht in das Grundbuch oder zur Prüfung der Handelsbücher. Das sind entweder, wie z. B. die Sichtung der Correspondenz, Vorbereitungen für die Leitung der Verhandlung, Verrichtungen des Vorsitzenden, oder es sind einfache Proceßleitungsaufgaben oder gewöhnliche mittelbare Beweisaufnahmen, bei denen rationell nach den §§. 278, Abs. 1, und 193, Abs. 3 vorzugehen ist. Durch eine ernste Auffassung der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens schützt sich die Praxis am besten vor derlei

Verfehlungen, ein weiterer triftiger Grund, auf die unmittelbare Beweisaufnahme nur in den äußersten Fällen zu verzichten.

Zwischen der Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter und der Beweisaufnahme im vorbereitenden Verfahren ist — wie sich herausgestellt hat — praktisch genommen ein bedeutender Unterschied. Die der ersteren eigenen Vorzüge sind die Entbehrlichkeit der Sachverhaltsermittlung, die Befristbarkeit der Beweisaufnahme, die Vermeidung unerheblicher Beweisaufnahmen und die Abkürzung der Verhandlung mittels ihres anticipirten Schlusses (§. 193, Abs. 3). Daran ist namentlich zu denken, wenn *während der Streitverhandlung* eine auswärtige Beweisaufnahme nothwendig wird. Die Einleitung vorbereitenden Verfahrens (§. 246, Abs. 2) wird da meistens hinter der Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter an Prakticabilität weit zurückstehen. Mit letzterer behält das Gericht den Proceß in seiner Hand. Die Beweisaufnahme bleibt ein Zwischenfall der Verhandlung, auf dessen Dauer das Gericht Einfluß nehmen kann, und was nicht das Geringfügigste ist: es wird auf diese Art auch der Keim zum Entstehen selbstständiger Processe oder Quasiprocesse im Processe vernichtet, wie sie uns aus den abschreckenden Bildern des früheren Rechtes noch erinnerlich sind. Die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens *nach Beginn* der mündlichen Streitverhandlung ist also mit äußerster Skepsis zu handhaben. Sie ist aber unter allen Umständen auf den Fall nothwendiger mittelbarer Beweisaufnahme beschränkt (§. 246, Abs. 2). Das Anwachsen des Thatsachenmateriales oder das Erheben von Gegenansprüchen während der Streitverhandlung würde nicht berechtigen, die Sache mit Unterbrechung der mündlichen Verhandlung nachträglich ins vorbereitende Verfahren zu verweisen.

Zu dem Formellen der Einleitung und Durchführung des vorbereitenden Verfahrens übergehend, verdient zuerst der Einleitungsbeschluß selbst Erwähnung.

2. Einleitungsbeschluß. In diesem Beschlusse müssen Zweck und Gegenstand des vorbereitenden Verfahrens, insbesondere die im vorbereitenden Verfahren klarzustellenden Punkte, die aufzunehmenden Beweise und die Thatumstände genau angegeben werden,

worüber Beweis aufzunehmen ist. Mit der lakonischen Beziehung auf die betreffende Ziffer des §. 245 ist es nicht gethan. Jedes Minus und jeder Mangel in den eben geforderten Angaben ist nachtheilig, denn sie entziehen dem vorbereitenden Verfahren im Voraus die feste Grundlage und stellen den beauftragten Richter vor ärgerliche Ungewißheiten. Fehlt ihm die richtige feste Directive, so ist leicht möglich, daß er zu weit ausholend — zum Schaden der Kürze und Billigkeit des Processes — Dinge ermittelt, die wahrscheinlich unerheblich sind, die er aber auf seine Verantwortlichkeit allein doch nicht unbeachtet bei Seite lassen darf. Besonders mißlich kann die Sache bei vorbereitendem Verfahren nach §. 245, Z. 3 werden. Sofern der Beschluß die „erheblich scheinenden Thatumstände" nicht oder nur ungenau angibt, muß schon die Ermittlung des Sachverhaltes viel eingehender erfolgen. Damit aber ist das vorbereitende Verfahren erst begonnen. Um es vorwärts zu bringen, hat der vom Senate unzureichend instruirte beauftragte Richter zwei Wege offen. Er bestimmt selbstherrlich, gewissermaßen an Stelle des Senates, was im vorbereitenden Verfahren geschehen soll, welche Beweise aufzunehmen sind und was Gegenstand der Beweisaufnahme sein soll. Das wäre gewiß verkehrt, denn der beauftragte Richter würde dominus litis. Das ausführende Organ leitet dann den Proceß und disponirt zugleich mittelbar über den Inhalt der mündlichen Streitverhandlung, ganz abgesehen davon, daß eine falsche Auffassung des beauftragten Richters die größte Verwirrung und Schaden aller Art anstiften kann. Oder der beauftragte Richter sieht das selber ein: er erkennt im Senate die ihm gesetzte Obrigkeit, will nichts vom Umsturze der legalen Ordnung wissen. Dann ist das einzig übrigbleibende Auskunftsmittel, daß er nach ausführlichster Ermittlung und Beurkundung des Sachverhaltes die Acten dem Senate wieder vorlegt, damit dieser nunmehr wenigstens beschließt, über welche einzelnen Umstände und mit welchen Mitteln Beweis durchzuführen ist. Wie die selbstständige Verfügung des beauftragten Richters, wäre auch dieser nachträgliche Beschluß des Senates ungesetzlich. Er ließe sich insbesondere nicht damit vertheidigen, daß der Senat eine Ergänzung des vorbereitenden

Verfahrens verfügen kann (§. 256), da die Situation im vorausgesetzten Falle eine wesentlich andere ist. Wie sehr der Vorgang gegen die Zweckmäßigkeit verstoßen würde, leuchtet jedem ein. Die Beschlußfassung über die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens erheischt deshalb nicht nur betreffs der Frage, ob überhaupt solches Verfahren stattfinden soll, sondern auch betreffs der Redaction des Beschlusses eindringliche meritorische Würdigung der Streitsache und gesteigerte Aufmerksamkeit. Gegebenenfalls wird die Vorsicht so weit gehen dürfen, den Kläger vor der Beschlußfassung durch eines der Senatsmitglieder darüber einvernehmen zu lassen, ob er einzelne Anführungen der Klagebeantwortung, die zur Einleitung vorbereitenden Verfahrens Anlaß bieten könnten, bestreitet oder zugibt (§. 247, Abs. 1). Ferner sollen vor der Beschlußfassung sämmtliche Mitglieder des Senates die Acten der Streitsache zur Einsicht erhalten, damit jeder Einzelne die stricte Nothwendigkeit und Gesetzlichkeit des vorbereitenden Verfahrens selbstständig beurtheilen und die richtige Abfassung des Einleitungsbeschlusses controliren kann. An letzterem haben Alle ein Interesse, die beim Beschlusse mitwirken. Denn ein Einleitungsbeschluß, der Zweck und Gegenstand des vorbereitenden Verfahrens nicht präcise angibt, wird schwer gegen den Verdacht zu kämpfen haben, daß die Verweisung zu vorbereitendem Verfahren mehr auf äußerliche Anhaltspunkte, ohne zwingende meritorische Gründe beschlossen wurde.

Die gute Auswahl des beauftragten Richters ist kaum minder wichtig, als die gehörige Auswahl und Bezeichnung des Gegenstandes des vorbereitenden Verfahrens. Wo immer thunlich, ist der Unmittelbarkeit halber ein Senatsmitglied als beauftragter Richter zu bestellen. Der Vorsitzende soll die Aufsicht über das vorbereitende Verfahren ausüben (§. 255), deshalb kann er nicht selbst beauftragter Richter sein.

3. Durchführung des vorbereitenden Verfahrens. Das vorbereitende Verfahren muß wie das sonstige Verfahren ein mündliches, von Concentration und Proceßleitung wohlthätig beeinflußtes Verfahren sein. Das Proceßmateriale ist bei vorbereitendem Verfahren nach §. 245, Z. 1 und 2 durch freie mündliche contra-

dictorische Verhandlung, unter entsprechender Sonderung der einzelnen Streitpunkte zu ermitteln und zu sammeln. Im vorbereitenden Verfahren zur Ordnung des thatsächlichen Vorbringens wird die mündliche Verhandlung der Einvernehmung (§. 251) stets dann vorzuziehen sein, wenn die beiden Parteien oder ihre Vertreter vor dem beauftragten Richter unschwer erscheinen können. Die Einvernehmung der Parteien (§. 253) im vorbereitenden Verfahren wegen mittelbarer Beweisaufnahme soll ebenfalls in der Regel eine mündliche sein und, wenn beide Parteien vernommen werden müssen, bei deren gleichzeitiger Anwesenheit stattfinden, da die abgesonderte Einvernehmung jeder einzelnen Partei sowohl die Klärung, wie den Abschluß des Verfahrens verlangsamt. Eine Ausnahme wird daher im Allgemeinen nur dort eintreten dürfen, wo die Einvernehmung durch einen ersuchten Richter oder außerhalb des Gerichtes geschehen muß. Abgesehen von ihren praktischen Vortheilen für den Zweck des Verfahrens, wird die anempfohlene Bevorzugung der freien unmittelbaren Aussprache im vorbereitenden Verfahren zugleich verhindern, daß dieses zu einer überwiegend formalen Procedur wird, in welcher — ähnlich dem früheren Verfahren — ein ohnmächtiger Richter Parteien gegenübersteht, die sich abwechselnd äußern und doch nicht verstehen, da ihre Aeußerungen zeitlich und örtlich nie zusammentreffen. Gerade das Abfordern und Erstatten schriftlicher Aeußerungen könnte eine solche Entwicklung mächtig befördern. Eingeschränkt auf den Inhalt des einzelnen vorbereitenden Verfahrens ist eine zielbewußte Proceßleitung durch den beauftragten Richter zu wünschen (§. 249), die den angestrebten Zweck der vorbereitenden Maßregeln klar erfaßt. Auch dafür ist ein unmittelbarer Verkehr mit den Parteien, also mündliche Verhandlung oder gleichzeitige mündliche Einvernehmung der Parteien eine wesentliche Voraussetzung. Der beauftragte Richter wird alle unbegründeten Verzögerungen bei Anberaumung oder Vertagung von Verhandlungen oder bei Durchführung von Beweisen abzuwehren haben und bei jeder seiner Verfügungen auf den raschen Abschluß des vorbereitenden Verfahrens bedacht sein müssen (§. 256). Die durch den Einleitungsbeschluß und das Gesetz dem vorbereitenden

Verfahren gegebenen Grenzen sind genau einzuhalten. Falls der beauftragte Richter selbstständig Beweisaufnahmen anordnen darf, wie es ihm im vorbereitenden Verfahren in Punktensachen und wegen umfangreichen thatsächlichen Vorbringens gestattet ist (§§. 250, letzter Absatz, 251), hat er die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der mittelbaren Beweisaufnahme nach den für das vorbereitende Verfahren des §. 245, Z. 3 aufgestellten Merkmalen zu prüfen. Zeugen am Sitze des Proceßgerichtes, die zur mündlichen Streitverhandlung geladen werden können, sollen in der Regel nicht im vorbereitenden Verfahren vernommen werden: die Unmittelbarkeit ist nirgends mehr als unbedingt nöthig zu verkürzen. Das vorbereitende Verfahren in Eheungiltigkeits- und Trennungssachen macht in allem dem keine Ausnahme.

Vorbereitende Schriftsätze dürfen im vorbereitenden Verfahren weder gewechselt noch einseitig angebracht werden. Hier hat die mündliche Verhandlung oder die Einvernehmung zu leisten, was sonst den vorbereitenden Schriftsätzen beizuschaffen obliegt. Keine Protokollarreden nach Art des früheren Summarprocesses, kein Einlegen von Niederschriften, die nur in der mündlichen Streitverhandlung vor dem erkennenden Gerichte in gewissem Umfange zugelassen sind (§. 265), nichts als ein Protokoll, das die Ergebnisse der Verhandlung oder Einvernehmung in übersichtlicher Sonderung und Gruppirung kurz und klar zusammenfaßt. Nur das Ergebniß der Verhandlung oder Einvernehmung, nicht auch — wie beim eigentlichen Verhandlungsprotokolle (§. 209) — der Gang der Verhandlung selbst ist im Protokolle zu beurkunden. Deshalb sind auch nicht die einzelnen Parteienäußerungen in chronologischer Reihenfolge zu beurkunden. Das Protokoll muß hier — nach dem Zwecke des vorbereitenden Verfahrens — Resumèprotokoll sein. Sonst würde sich eine Menge unverarbeiteten Protokollmateriales aufhäufen und, statt daß das vorbereitende Verfahren der mündlichen Streitverhandlung einen gesiebten, gesichteten Verhandlungsstoff bietet, müßte nun erst wieder der Inhalt des vorbereitenden Verfahrens, eventuell mittels Actenauszuges oder mittels Uebersichtstabellen gesichtet werden.

Der beauftragte Richter ist keinesfalls berechtigt, das ihm aufgetragene vorbereitende Verfahren als Ganzes einem ersuchten Richter oder — gestützt auf §. 36, Abs. 1 Jur.-Norm. — einem im Sprengel des Gerichtshofes gelegenen Bezirksgerichte zur Durchführung zu übertragen. Selbst dann nicht, wenn dadurch die Behandlung der Sache erleichtert oder Kosten erspart würden, weil z. B. beide Parteien und deren Vertreter am Sitze dieses vom Gerichtshofe entfernten Bezirksgerichtes wohnen. Nur einzelne „Amtshandlungen", einzelne richterliche Acte (Einvernehmung der Parteien, die mündliche Verhandlung mit den Parteien über bestimmt bezeichnete Fragen u. s. w.), namentlich einzelne Beweisaufnahmen, soweit sie im vorbereitenden Verfahren zulässig sind, können nöthigenfalls durch ersuchten Richter ausgeführt werden (§§. 249, 285, Abs. 2).

Zur Sicherung dessen, daß das vorbereitende Verfahren zweckmäßig, in consequenter Beschränkung auf seine Aufgabe und thunlichst schnell durchgeführt werde, ist die intensive Aufsicht des Senatsvorsitzenden unerläßlich. Der Senatsvorsitzende hört mit Einleitung des vorbereitenden Verfahrens weder auf, für den weiteren Proceßverlauf die Verantwortung zu tragen, noch darf er diese Sache überhaupt aus dem Auge verlieren. Es ist und bleibt ein vor ihm geführter Proceß, um den er sich zu kümmern hat, auch bevor noch thatsächlich Beschwerden erhoben werden.

Die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens ist der Verfügung der Parteien entrückt, das Gericht hat sie ausschließlich nach den Bedürfnissen der Judicatur zu beurtheilen (§. 246, Abs. 1). Deshalb geht auch einem einverständlichen Verzichte der Parteien auf die Durchführung eines *eingeleiteten* vorbereitenden Verfahrens jede rechtliche Bedeutung und Wirkung ab. Es muß durchgeführt werden, wenngleich die Parteien es *nicht* wollen.

4. Vorbereitendes Verfahren wegen mittelbarer Beweisaufnahme. Die Ermittlung des Sachverhaltes durch Einvernehmung der Parteien ist nicht in der Art obligat, daß sie in *jedem* vorbereitenden Verfahren nach §. 245, Z. 3 ohne alle Rücksicht auf das sachliche Bedürfniß und die concrete Möglichkeit,

es zu befriedigen, erfolgen müßte, sondern sie ist nur bedingungsweise obligat, und zwar durch ihren eigenen Zweck bedingt. Dieser ist, dem beauftragten Richter für seine Mission die nöthige Kenntniß des Sachverhaltes zu verschaffen. Wo dies nicht erst zu geschehen braucht, schon in anderer Weise geschehen ist, oder wo die Kenntniß des Sachverhaltes auf diesem Wege sich offenbar nicht vervollständigen läßt, da hat die Einvernehmung der Parteien zu entfallen. Daher ist von ihr abzusehen, wenn z. B. die vorbereitenden Schriftsätze schon hinreichende Information geben, um die Beweisaufnahme leiten und durchführen zu können, oder wenn die Mittheilungen der Parteien eine weitere Aufklärung nicht versprechen u. ä. Ferner wird auch nicht immer die Einvernehmung beider Parteien erforderlich sein. Ausführlichen Schriftsätzen gegenüber kann es bisweilen genügen, blos den Kläger über die neuen Behauptungen der Klagebeantwortung zu vernehmen oder umgekehrt, wenn klägerische Beweise in Frage stehen und das Beweisthema in der Klage detaillirt dargelegt ist, zur contradictorischen Aufklärung oder Ergänzung des Sachverhaltes nur den Beklagten zu hören. Mit einem Worte die Einvernehmung muß etwas Neues, dem Richter aus den Acten noch nicht Bekanntes erwarten oder doch wünschen lassen. Sie wäre überflüssig, wo kein solcher Wunsch oder nach den Verhältnissen wenigstens keine Hoffnung vorhanden ist, ihn durch die Einvernehmung zu erfüllen. Der Alles beherrschende Zweckgedanke darf eben nie und nirgends vernachlässigt werden. Wenn beide Parteien vernommen werden und ein Sachverständigenbeweis aufzunehmen ist, soll die Vernehmung immer gleich dazu benützt werden, von den Parteien eine Aeußerung über die Person des Sachverständigen (§. 351) zu erlangen.

Der beauftragte Richter hat alle Befugnisse, deren er zur Durchführung und Vollendung der übertragenen Beweisaufnahme bedarf (§§. 284, 285), aber es geht ihm die Beweisinitiative ab, die ihm das Gesetz für die beiden anderen Fälle des vorbereitenden Verfahrens verliehen hat (§§. 250, letzter Abs., 251). Er kann nicht aus eigenem Entschlusse Beweise aufnehmen, die nach dem Ergebnisse der Parteienvernehmung erheblich scheinen,

vom Senate aber nicht zugelassen wurden (§. 253), so zweifellos auch seiner Ueberzeugung nach bei der Streitverhandlung die Nothwendigkeit dieser Beweisaufnahme sich einstellen wird. Der beauftragte Richter erhält aber im vorbereitenden Verfahren wegen mittelbarer Beweisaufnahme nicht nur die Beweismittel, sondern auch die Beweissätze bindend vom Senate bezeichnet. Die Parteien können deshalb von ihm nicht begehren, die Beweisaufnahme auf neue, im Einleitungsbeschlusse nicht angegebene Umstände oder auf neue Beweismittel auszudehnen, die erst während des vorbereitenden Verfahrens zu Protokoll angeboten werden. Damit könnte immer frischer Verhandlungsstoff nachgeschoben werden, so daß das vorbereitende Verfahren nie zu Ende kommt. Hier zeigen sich noch weitere nachtheilige Folgen eines nicht genügend bestimmten Einleitungsbeschlusses: dem beauftragten Richter wird dadurch die schärfste Waffe gegen Uebertreibung und übermäßige Ausdehnung des vorbereitenden Verfahrens entzogen. Infolge derartigen neuen Vorbringens kann auch nicht Senatsbeschluß zum Zwecke einer Ergänzung des Einleitungsbeschlusses eingeholt werden. Aber nicht zu verwechseln mit der Ausdehnung des vorbereitenden Verfahrens auf neues Vorbringen ist die Entwicklung des im Einleitungsbeschlusse bezeichneten Beweissatzes durch Herausarbeiten und Hervorheben aller darin gelegenen, nur nicht ausdrücklich angegebenen Nebenumstände und Einzelheiten. Dawider ist natürlich nichts einzuwenden; eine solche Präcisirung liegt in der Aufgabe der Sachverhaltsermittlung. Nur neues Vorbringen, das darüber hinausgeht, gehört in die mündliche Streitverhandlung. Wie über den Einleitungsbeschluß nicht hinausgehen, darf der beauftragte Richter auch nicht hinter diesem Beschlusse zurückbleiben. Es stünde ihm beispielsweise nicht zu, auf Antrag der Parteien zu beschließen, einzelne im Einleitungsbeschlusse bezeichnete Beweise nicht aufzunehmen, weil, wie er die Dinge nun zu beurtheilen vermag, diese Beweise ohne Beschwerlichkeit in der mündlichen Streitverhandlung aufgenommen werden können. Vielleicht urtheilt der beauftragte Richter darin thatsächlich besser, als der Senat: die Wahrung der Unmittelbarkeit ist Sache des Senates, nicht des beauftragten Richters. Dieser hat nur seinen Auftrag auszuführen und muß

daher alle ihm bezeichneten Beweise aufnehmen. Mit einziger Ausnahme der Beweise über Behauptungen, die im Gegensatze zu den vorbereitenden Schriftsätzen im vorbereitenden Verfahren vom Gegner ausdrücklich zugestanden werden. Das Geständniß zu Protokoll des beauftragten Richters hat die Wirkung eines gerichtlichen Thatsachengeständnisses (§. 266, Abs. 1). Beweis über einen zugestandenen Umstand würde dem Gesetze widerstreiten, und die gesetzliche Norm ist stärker, als die durch den Einleitungsbeschluß begründete Amtspflicht.

Die Ergebnisse eines vorbereitenden Verfahrens wegen mittelbarer Beweisaufnahme dürfen nicht, wie es das Gesetz für die beiden übrigen Fälle des vorbereitenden Verfahrens vorschreibt (§. 262), zu Beginn der mündlichen Streitverhandlung vorgetragen werden. Wenn vorbereitendes Verfahren nach §. 245, Z. 3 vorausgegangen ist, muß vielmehr die mündliche Streitverhandlung wie gewöhnlich eingeleitet und durchgeführt werden; des vorbereitenden Verfahrens geschieht einstweilen gar nicht Erwähnung. Sind erhebliche Behauptungen nach Inhalt der mündlichen Verhandlung streitig und kommt es daher auf Beweise an, so ist Beweisbeschluß wie sonst zu fassen. Jetzt erst, im Stadium der Beweisaufnahme setzt die Differenz ein. Andere Beweise müssen nunmehr thatsächlich aufgenommen werden; soferne aber Beweisaufnahme im vorbereitenden Verfahren stattgefunden hat, tritt die Mittheilung der Ergebnisse dieser Beweisaufnahme an die Stelle der thatsächlichen Aufnahme der zugelassenen Beweise. Die Mittheilung geschieht ohne Unterbrechung der Verhandlung entweder durch mündliches Bekanntgeben des Acteninhaltes oder durch das Verlesen der Beweisaufnahmeprotokolle. Die Bestimmung des §. 262, Abs. 2 gilt auch hier. Daß ein Beweis schon im vorbereitenden Verfahren aufgenommen wurde, wird auch für den Zeitpunkt der Beweiszulassung von Belang sein, denn auf solche Beweise bezieht sich die im Gesetze angeordnete Concentrirung der Beweiszulassung (§. 278, Abs. 1) nicht. Im vorbereitenden Verfahren aufgenommene Beweise können nach Bedarf wann immer in der mündlichen Verhandlung einzeln zugelassen werden. Nach Mittheilung des Beweisergebnisses geht die

Verhandlung weiter. Wird in der mündlichen Verhandlung ein Umstand außer Streit gestellt, wegen dessen vorbereitendes Verfahren nach §. 245, Z. 3 stattfand, so bleiben die sich darauf beziehenden Acten des vorbereitenden Verfahrens ebenso unberücksichtigt, wie wenn sich in der Streitverhandlung die Unerheblichkeit dieses Umstandes herausstellt.

V.

Gerichtliche Vergleiche.

Nach der Civilproceßordnung bietet jeder Proceß Gelegenheit zu richterlichen Vergleichsversuchen und gerichtlichen Vergleichsabschlüssen, aber eine übertriebene Begünstigung des Vergleiches als Mittel zur Beendigung des Processes liegt nicht im Geiste des Gesetzes. In einer recht großen oder gar steigenden Anzahl von gerichtlichen Vergleichen würde man daher von vorneherein weder ein Symptom richtigen Erfassens der Absichten des neuen Rechtes sehen, noch die Thatsache selbst als einen Erfolg der Civilproceßordnung preisen dürfen. Es kommt nicht blos darauf an, wie der Vergleich zu Stande gebracht wird, sondern auch auf seinen Inhalt: nicht jeder gerichtliche Vergleich hat für die Justizpflege denselben Werth. Der beste gerichtliche Vergleich ist sicher der, welcher als reife Frucht der bis zu einem gewissen Punkte fortgeführten Streitverhandlung sich unbeeinflußt, sozusagen von selbst darbietet, weil die Parteien — jede vom Standpunkte ihrer Interessen — nach dem Ergebnisse der Verhandlung die Unwahrscheinlichkeit einsehen, mit ihren Anträgen ganz durchzudringen, und infolge dessen in der That im Vergleiche die versöhnendste Lösung des Streitfalles erkennen. Es wird daneben gewiß noch andere gerechtfertigte Vergleichssituationen geben, aber je weiter sie sich von dieser Linie entfernen, um so fragwürdiger wird ihre Richtigkeit und zugleich die Einmischung des Richters zur Unterstützung des Vergleiches. Zumal dem Gerichte die discreteste Zurückhaltung in Sachen des gerichtlichen Vergleiches schon dadurch auferlegt ist, daß es nach seiner staatsrechtlichen Bestimmung

Rechtsprechungs-, Judicaturorgan, nicht Einigungs- oder Vermittlungsamt ist. Eine künstliche Förderung des Vergleiches könnte deshalb vom Uebelwollen auch als Scheu und Flucht vor der Urtheilsschöpfung verdächtigt werden. Das müßte alles Vertrauen in den gerichtlich angebahnten Vergleichsversuch zerstören. Kaum Anderes als solche künstliche Förderung würde es aber sein, wenn, um einen Vergleich zu erzielen, ohne Vorhandensein eines gesetzlichen Erstreckungsgrundes (§. 134) Vertagungen, insbesondere Vertagungen der ersten Tagsatzung bewilligt würden, oder wenn man die Rechtssache zum Zwecke des Vergleichsversuches allzuleicht einem beauftragten Richter überweisen wollte. Im selben Lichte müßten, weil sie das Gesetz insgesammt ablehnt, Vergleiche auf Zeugen oder Sachverständige erscheinen, oder Vergleiche, nach denen die Partei als Bedingung der Vereinbarung eine Rechtsansicht oder eine juristische Schlußfolgerung zu beschwören hat, oder die Anerkennung des Klagsanspruches u. s. w. vom Eide eines Nebenintervenienten oder einer Person abhängig gemacht wird, welcher der Streit verkündet wurde. Am allerwenigsten wäre aber dem Rechte — und wohl auch in der Regel den Parteien — mit Vergleichen gedient, in deren Inhalte es sich abspiegelt, daß sie nicht von innerlich untereinander einigen Personen abgeschlossen werden, sondern von Parteien, die noch auf dem Kriegs- und Kampffuße stehen, deren Streitabsicht mit aller Kraft niedergezwungen wird. Von der Angemessenheit ganz abgesehen, würde man an der Zulässigkeit von Vergleichen zweifeln müssen, in denen sich in der oder jener Form die Fortsetzung des Processes vorbehalten wird. Es wird z. B. mit einem der Streitgenossen ein Vergleich geschlossen, in dem die Fortführung des Processes gegen sämmtliche Streitgenossen, einschließlich des Vergleichscompaciscenten, vorbehalten wird, falls die übrigen Streitgenossen nicht innerhalb einer Frist dem Vergleiche beitreten. Oder eine der Parteien bedingt sich im Vergleiche eine Frist aus, um sich über die Annahme des Vergleiches zu erklären; erst darnach soll es sich entscheiden, ob der Proceß durch Vergleich beendet oder fortzuführen ist. In dieselbe Kategorie würde ein gerichtlicher Vergleich gehören, in dem die Parteien die Bestellung

von Schiedsrichtern vereinbaren und zugleich die Aufnahme des gerichtlichen Verfahrens sich vorbehalten, sofern der Schiedsspruch innerhalb einer gewissen Zeit nicht gefällt sein sollte. Das wären zum Theile geradezu ungesetzliche, jedenfalls aber innerlich unwahre Vergleiche, die auch als Mittel zur Umgehung des Verbotes einverständlicher Erstreckungen sehr rigoros zu beurtheilen sind.

Für eine gesetz- und sachgemäße Vergleichspraxis sind namentlich folgende Erwägungen wichtig:

a) Eine *Pflicht* des Gerichtes, die Herbeiführung eines Vergleiches zu versuchen — wie sie früher für das Summar- und Bagatellverfahren statuirt war — besteht nach der Civilproceßordnung nicht mehr: weder für das Gerichtshofsverfahren, noch für bezirksgerichtliche Sachen und nicht einmal für das Verfahren in Bagatellsachen. Das Gesetz (§. 204) gibt dem Gerichte nur die *Befugniß*, eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites zu versuchen (das Gericht *kann* bei der mündlichen Verhandlung u. s. w.). Mit dem Anrathen des Vergleiches oder mit dem Anbieten seiner Vermittlerdienste wird aber das Gericht aus den früher angedeuteten Gründen am besten zurückhalten, bis *eine der Parteien* selbst die Anregung zum Vergleiche gibt; dann werden die Vergleichsverhandlungen auch einen besser vorbereiteten Boden finden. Geschäftsandrang wäre keine Entschuldigung für das Aufdrängen von Vergleichen.

b) Die dem Vergleichsabschlusse minder freundlich gestimmte Partei darf nicht suggestiv durch mehr oder weniger durchsichtiges Voraussagen oder durch das Aussprechen von Vermuthungen über das Urtheil den Vergleichspropositionen gefügiger gemacht werden. Soweit es immer angeht, soll sich der Richter bei Mitwirkung an Vergleichsversuchen jede Aeußerung über den möglichen Ausgang eines etwaigen Processes versagen.

c) Parteien, die im vollen Rechte sind, soll man nicht zu einem Vergleiche zu bewegen suchen, der ihnen an ihren Rechten Abbruch thut oder kraft Rechtens nicht obliegende Leistungen auferlegt.

Das Hinwirken auf einen derartigen Vergleich wäre fast ebenso wenig zu billigen, wie eine Rechtsverletzung selbst. In

letzter Zeit wird oft von „Provocationsklagen“ gesprochen. Es werden damit muthwillig, grundlos erhobene Klagen bezeichnet, die nicht um eines Anspruches willen angestrengt werden, sondern um dem Gegner die Mühen und Unbequemlichkeiten eines Processes aufzuhalsen und ihn dadurch zu bewegen, sich durch eine Concession an den Kläger vom Proceß, sagen wir: loszukaufen. Und auch ohne diesen Namen hört man nicht minder oft die Ansicht äußern, daß jetzt durchgehends mehr muthwillige Activ- als Passivprocesse geführt werden: während früher der Widerstand gegen die Klage sehr häufig Chicane war, sei es jetzt mehr die Klage. Justizpolitisch und social ist die eine Erscheinung so mißlich und drohend, als die andere. Eine allzu beflissene Pflege des Vergleiches durch das Gericht würde das Ueberhandnehmen solcher Freibeuterklagen zum großen Theile erklären und — mit daran Schuld tragen. Gegen diese Auswüchse des erleichterten und verbilligten Proceßverfahrens gibt es nur unbeugsamste Festigkeit. Sowie das Gericht erkennt, daß eine Partei muthwillig Proceß führt, würde es gegen seinen rechtsschirmenden Beruf sich vergehen, wenn es einen Vergleich versuchen oder auch nur unterstützen möchte, der dieser Partei irgend welche ihr nicht gebührende Vortheile zuwendet, und seien sie noch so gering. Beim gerichtlichen Vergleiche ist es niemals ein berechtigtes Moment und darf am wenigsten Trumpf sein, ob die Partei mit der schwachen, unhaltbaren Rechtsposition Vermögen besitzt oder nicht. Das Argument vom „armen Teufel“ ist im Gerichtssaale — in dieser Hinsicht zum Mindesten — ganz und gar nicht am Orte. Das Gericht hat Gerechtigkeit, nicht Wohlthätigkeit zu üben; die Rechtsprechung würde in eine gefährliche Strömung gerathen, wenn sie sich im Rechtsstreite von caritativen Rücksichten einnehmen ließe. Auch bei der Vergleichsstiftung muß das Gericht was an ihm liegt daran setzen, daß die Ordnung thunlichst dem Rechte sich anpasse, denn auch bei dieser Thätigkeit im Processe darf der Richter seinen Richterberuf nicht verleugnen. Von dieser Auffassung aus müssen insbesondere gerichtliche Vergleiche perhorrescirt werden, die mit zwingenden, der Parteivereinbarung entzogenen Bestimmungen des Ratengesetzes im Wider-

spruch stehen oder sie zu umgehen geeignet sind.[1]) Speciell den Einzelrichtern bei den Bezirksgerichten liegt es ob, durch die strengste Kritik der vor ihnen verhandelten Vergleiche — denn das Vorlegen fertiger Vergleichsprotokolle darf nicht geduldet werden — der auf allen Wegen versuchten Derogirung des Ratengesetzes entgegenzuwirken.

d) Das übermäßige Betreiben von Vergleichsabschlüssen könnte endlich der lobenswerthen Uebung gefährlich werden, daß die Parteien zur mündlichen Streitverhandlung persönlich erscheinen. Es war schon davon die Sprache, wie unschätzbar die persönliche Theilnahme der Parteien an der Streitverhandlung ist; wenn die Parteien hiezu geneigt sind, soll dieser beste aller Behelfe der Sachverhaltsermittlung nie ohne triftige Ursache ungenützt bleiben. Deswegen ist es aber auch eine ernste Pflicht des Gerichtes, den Parteien das Erscheinen vor Gericht und die Mitwirkung an der mündlichen Verhandlung so leicht und angenehm als möglich zu machen. Die Parteien sollen — wenn gerufen — gerne kommen, es soll ihnen dies kein Opfer, keine Ueberwindung kosten. Dabei ist nicht zuletzt an das Verhältniß zwischen der Partei und ihrem Rechtsfreund zu denken. Es ist sehr begreiflich, wenn der Anwalt in dieser eigenthümlichen neuen Lage, wo er seinen Clienten als thätigen Verhandlungstheilnehmer, man könnte sagen, als einen Mitarbeiter neben sich hat, Rücksichten für seine eigene Stellung beansprucht. Die persönliche Parteibetheiligung darf keine Spitze gegen den Anwalt der Partei haben. Sie bezweckt unmittelbare Information, nicht Controle des Anwaltes. Statt das Thatsächliche, das nach dem Verhandlungsverlaufe jeweils für den Proceß erheblich ist, mit immer neuer Unterbrechung der Verhandlung außergerichtlich durch den Anwalt bei der Partei erfragen zu lassen, soll die Partei durch ihre Mittheilungen in der Verhandlung selbst zugleich ihren Anwalt und das Gericht informiren: das ist der Grundgedanke dieser Einrichtung, die daneben den Vortheil bietet, sobald Beweisführung durch Parteivernehmung

[1]) Vgl. Bloch, Zur Anwendung des Ratengesetzes. Allg. österr. Gerichtszeitung, 1899, S. 123. (S.-A. S. 28f.)

nöthig ist, diese ohne Vertagung durchführen zu können. Die legitime Stellung des Anwaltes im Processe muß daher bei der persönlichen Betheiligung der Partei wenn möglich noch delicater gewahrt werden als sonst. Auch der Anwalt muß die Anwesenheit der Partei als zweckmäßige Unterstützung und Hilfe, als Erleichterung seiner Aufgabe empfinden, sie darf ihm nicht einzig als Minderung seiner Prärogative, als Zurückdrängung erscheinen. Eine tactvolle Leitung der Verhandlung wird auf all' das sehen, und es scheint in der weitaus größten Zahl von Fällen bis nun ein befriedigender modus vivendi gefunden worden zu sein. Darnach wird das Gericht auch im einzelnen Falle die Art der Parteiladung: ob Ladung zu Handen des Vertreters oder unmittelbare Parteienladung zu wählen haben. Letztere wird keineswegs durch die Vorschrift des §. 93, Abs. 1 schlechtweg ausgeschlossen, denn es handelt sich hier um eine persönliche Leistung der Partei. Auf den gerichtlichen Vergleich hat dies insoferne Bezug, als der Erfolg aller Bemühungen, der Streitverhandlung den Vortheil activer, persönlicher Mitwirkung der Parteien zu sichern, vielleicht durch wenig Anderes so sehr in Frage gestellt werden könnte, als wenn sich die Ansicht verbreiten möchte, die persönliche Ladung der Partei geschehe nur oder hauptsächlich zu dem Zwecke, um die Parteien gegen den Rath ihrer Vertreter oder über deren Kopf hinweg zu einem Vergleiche zu bringen. Es kann deshalb gar nicht deutlich genug gesagt werden, daß das Auffordern der Parteien zum persönlichen Erscheinen (§. 183, Z. 1) nach dem Gesetze lediglich ein Mittel zur Erfüllung der dem Vorsitzenden oder Einzelrichter nach §. 182 obliegenden Proceßleitungsverpflichtungen ist und infolge dessen nur der „wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes" (§. 182, Abs. 1) wegen geschehen darf. Persönliche Ladung der Parteien zum Vergleichsversuche ist nach der Civilproceßordnung auf den Fall beschränkt, daß im bezirksgerichtlichen Verfahren vor Erhebung der Klage Ladung des Gegners zum Vergleichsversuche begehrt wird (§. 433). Sonst kann im bezirksgerichtlichen Verfahren, wenn die Partei durch einen Anwalt vertreten ist, deren persönliches Erscheinen nur gefordert werden, wenn die Tagsatzung

zur mündlichen Streitverhandlung bestimmt ist. Da es im Gerichtshofsverfahren der Partei anheimgegeben ist, zur ersten Tagsatzung sogar ohne Anwalt persönlich zu erscheinen, kann die Ladung zu dieser Tagsatzung nicht mit einer Aufforderung nach §. 183, Z. 1 verbunden werden. Die Aufforderung zum persönlichen Erscheinen kann — nebenher erwähnt — keinesfalls durch Androhung irgend eines Nachtheiles, am wenigsten den der sonstigen Vorführung der Partei unterstützt werden.

Die Frage, ob während der Klagebeantwortungsfrist auf Antrag beider Parteien zur Protokollirung eines außergerichtlich vereinbarten Vergleiches Tagsatzung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumt werden dürfe, wird zu bejahen sein. Die Frist läuft jedoch trotz Anberaumung der Tagsatzung weiter, so daß, falls der gerichtliche Vergleichsabschluß nicht erfolgt, auch keine Verzögerung eingetreten ist. Mit dem Vergleichsabschlusse hört, wenn der Rechtsstreit in toto dadurch beigelegt wird, der Lauf der Klagebeantwortungsfrist von selbst auf.

VI.

Die Mündlichkeit.

Allgemeine Erörterungen über Function und Nutzen der Mündlichkeit im Processe sind durch die Thatsachen überholt. Auch die Zeit, in der über Maß und Qualität der Mündlichkeit unseres jetzigen neuen Processes gestritten wurde, scheint nun schon ewig weit hinter uns zu liegen, so völlig durchschlagend haben auch hier die Thatsachen entschieden. Es steht heute außer Zweifel: das Gesetz hat uns die echte Mündlichkeit, nicht — wie während der Vorbereitung der Reform behauptet wurde — ein Surrogat, eine halbe Mündlichkeit gegeben. Ueber eine irrationelle Verkürzung der Mündlichkeit, über zu wenig Mündlichkeit beklagt sich heute wohl Niemand. Das gerichtliche Verfahren: die Verhandlung erster Instanz, die Berufungsverhandlung ist durch und durch mündlich. Wenn die Schriftlichkeit irgendwo im neuen Verfahren breiter hervortritt als nöthig, so ist es in den Schriftsätzen, die vor der Verhandlung erster Instanz oder vor der Berufungsverhandlung gewechselt werden. Die Erfahrung hat — wie schon bemerkt wurde — gezeigt, daß man die Mündlichkeit zu gebrauchen weiß; die Praxis hat sich dafür an allen Orten reif erwiesen. Nun mag sich die Mündlichkeit auch voll ausleben, so vorbehaltslos und zuversichtlich, als sie nach ihren bisherigen Erfolgen das Anrecht hat. Was im Interesse einer noch stärkeren Bethätigung dieser großen geistigen Kraft geschehen kann, betrifft zwar fast nur Formalitäten und Aeußerlichkeiten, gewöhnliches handwerksmäßiges Detail, aber die volle Wirkung der Mündlichkeit hängt dennoch an diesen geringfügigen Form-

sachen. Ein paar Bogen Papier mehr oder weniger, mehr Lesen oder mehr Sprechen u. ä., das entscheidet schließlich über die Mündlichkeit des Verfahrens, die wir so lange ersehnt haben und als eine eminente Culturerrungenschaft begrüßten.

1. Mündliche Verhandlung. Die eindrucksvolle, fruchtbare Mündlichkeit ist die Mündlichkeit des frei gesprochenen Wortes, der ungezwungenen, natürlichen Rede, nicht die Mündlichkeit des Verlesens. Das Verlesen hat meistens die entgegengesetzten Wirkungen. Es ermüdet, mindert die Aufmerksamkeit, das Vorgelesene gleitet eindruckslos am Hörenden ab: gerade, weil man es schwarz auf weiß hat, weil deshalb der Verlust des Hörens ersetzt werden kann und weil nun einmal Niemand gerne größere Arbeit leistet, wenn er es sich bequemer machen kann. Lesen ist aber gewiß bequemer, als geistiges Aneignen mittels bloßen Hörens. Als Beweis für das Abspannende des Verlesens und für die Interesselosigkeit, die es zur Folge hat, eine erlebte intime Scene. Schauplatz: eine Berufungsverhandlung, oder richtiger der Gang vor dem Saale des Berufungssenates. Drinnen: Vorlesung des Berichterstatters; draußen: die Parteienvertreter. Von Zeit zu Zeit blickt einer von ihnen in den Saal, schließt aber jedesmal rasch wieder die Thür hinter sich und wendet sich begütigend zu seinem Collegen mit den Worten: Es wird noch vorgelesen.

Die Mündlichkeit unserer Civilproceßordnung ist gleichfalls die Mündlichkeit der freien Rede, das Verlesen ist nach Möglichkeit im Gesetze eingedämmt. Absichtlich und aus allem Anscheine richtigen psychologischen Motiven hat das Gesetz — von der deutschen Civilproceßordnung abweichend — die Nothwendigkeit beseitigt, Gutachten von Sachverständigen, protokollirte Aussagen von Zeugen u. s. w. durch vollinhaltliches Verlesen zum Bestandtheile der mündlichen Verhandlung zu machen (§. 287, Abs. 1). Die Beweisaufnahmeacten sollen nur auf Antrag verlesen werden, wenn die mündliche Darlegung des Vorsitzenden über das Beweisaufnahme-Ergebniß in erheblichen Punkten vom Inhalte der Acten abgewichen wäre (§. 287, Abs. 2). Das gleiche Mißtrauen in den Nutzeffect des Verlesens gibt sich in der

allgemeinen Vorschrift des §. 177, Abs. 2 kund, daß Schriftstücke, auf welche in den Vorträgen Bezug genommen wird, nur insoweit vorzulesen sind, als sie dem Gerichte oder dem Gegner noch nicht bekannt sind oder es auf den wörtlichen Inhalt ankommt. Sonst muß regelmäßig die Verweisung auf die Urkunde oder eine kurze Inhaltsangabe genügen. Wo aber Verlesung nothwendig ist, wird sie sich bei umfangreichen Urkunden (z. B. Kaufverträge, Pachtbedingnisse) auf die einzelnen Stellen zu beschränken haben, die für die Verhandlung wichtig sind. Jedes Darüber wäre schädlich. Die Abneigung gegen das Verlesen und die Bevorzugung des freien Vortrages spricht ferner aus den Specialbestimmungen der §§. 138,[1]) 262, Abs. 1[2]) und 486, Abs. 1.[3]) Die genaue Befolgung aller dieser Vorschriften ist für Bedeutung, Werth und Ergiebigkeit der mündlichen Verhandlung äußerst wichtig. Sie sind zugleich so faßlich und einfach, daß wirklich nur guter Wille und anfangs einige Selbstüberwindung dazu gehört, um ihnen zu entsprechen. Wer sich aber einmal frei mit den Parteien zu verkehren gewöhnt hat, wird nimmermehr am Verlesen von Dingen Gefallen finden, die man schneller und eindringlicher mündlich darlegen kann. Zu vieles Verlesen bei der mündlichen Verhandlung wird auch leicht als Zeichen zu geringer Vorbereitung gedeutet: um sich überflüssige Verlesungen zu erklären, sucht man dahinter das Bedürfniß des Richters, wegen unterlassenen vorherigen Actenstudiums sich nun erst bei der Verhandlung für die Leitung der Verhandlung zu unterrichten.

Vorbereitende Schriftsätze sollen überhaupt nicht verlesen werden. Sie sind nicht, wie etwa ihre Beilagen, bestimmt, als

---

[1]) Mündliche Vorführung der wesentlichsten Ergebnisse der früheren Verhandlung bei der erstreckten Tagsatzung, nicht etwa Verlesung der vorbereitenden Schriftsätze und des Verhandlungsprotokolles. §. 138 ist analog anzuwenden bei der Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens, wenn die Unterbrechung während der mündlichen Verhandlung eintrat.

[2]) Vortrag der Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens bei der Streitverhandlung; Verlesungen nur, soweit sie sachlich unentbehrlich sind.

[3]) Einleitender Vortrag des Berichterstatters bei der mündlichen Berufungsverhandlung.

Schriftsachen, als Documente in der Verhandlung dem Richter präsentirt zu werden, sondern sie sollen die mündliche Verhandlung nur vorbereiten und dann in den Parteivorträgen aufgehen. Darum kann gegebenenfalls aus einem vorbereitenden Schriftsatze bei der mündlichen Verhandlung eine Constatirung erfolgen, aber seine Verlesung kann ebensowenig wie das Verlesen schriftlicher Aufsätze (§. 177, Abs. 1) das mündliche Vorbringen ersetzen. Die Parteien haben den Sachverhalt in ihren Vorträgen mündlich zu entwickeln und ihre Anträge zu stellen. Sind sie zu unbeholfen dazu, so sagt das Gesetz (§. 182), was der Vorsitzende oder Einzelrichter zu thun hat; das Verlesen von Schriftsätzen ist kein Mittel der Sachleitung. Deshalb darf die mündliche Verhandlung nicht etwa anstatt der Parteivorträge mit dem Verlesen der Klage, Klagebeantwortung oder anderer vorbereitender Schriftsätze und ihrer Beilagen beginnen.

Die Verlesung von Vernehmungsprotokollen und Beweisurkunden ist, abgesehen von dem früher darüber Gesagten, wie jede andere Beweisaufnahme nur zulässig, wenn die Umstände, über welche die Urkunde aussagt, bestritten sind, und sie setzt — worauf noch zurückzukommen ist — Beweisbeschluß voraus. Solche Verlesung zu Beweiszwecken und sonstige Verlesungen richtig auseinanderzuhalten, ist ebenso unerläßlich wie die genaue Unterscheidung der Sachverhaltserörterung (Parteivorträge) und des Beweisverfahrens.

Der Vortrag des Berichterstatters zu Beginn der mündlichen Berufungsverhandlung (§. 486, Abs. 1) darf nicht im Verlesen eines saft- und kraftlosen Actenauszuges bestehen. Es soll nach dem Gesetze ein freier Vortrag sein. Nicht eine unvorbereitete Causerie über den Streitfall, sondern ein mit Hilfe kurzer Notizen, die das Wichtigste schlagwortartig in Erinnerung bringen, in freier Rede gehaltener Vortrag. Er braucht kein Kunstwerk, keine große rhetorische Leistung zu sein, das Gesetz ist mit einem schmucklosen gesprochenen Bericht über den Acteninhalt zufrieden. Die freie Rede mit dem fortwährenden Widerschein der unmittelbaren Gedankenarbeit wird den Bericht lebendiger und anziehender machen, als die ausgeklügeltsten Spitzfindigkeiten eines verlesenen

schriftlichen Referates. Eine übermäßige Länge und Ausführlichkeit des einleitenden Vortrages wäre von Uebel, selbst wenn er frei gehalten würde. Dem Berichterstatter ist es nicht erlaubt, wahllos Alles zu erzählen, was in den Acten steht, sondern das Gesetz (§. 486, Abs. 2) umgrenzt das Gebiet seiner Darstellung genau durch den Zweck des einzelnen Berufungsverfahrens. Was für letzteres unerheblich ist, das ist im Vortrage zu übergehen. Der gute Effect des mündlichen Vortrages kann wie durch Weitschweifigkeit, auch durch mündlichkeitswidriges Beiwerk aufgehoben oder doch sehr verringert werden. Deshalb darf ebensowenig wie der Vortrag selbst, das, was ihn begleitet, sich gegen den Geist der Mündlichkeit versündigen. So wäre z. B. mit dem freien Vortrage des Berichterstatters kaum viel gewonnen, wenn nach diesem Vortrage trotz Anwesenheit beider Parteien, die den Inhalt der Acten erster Instanz vollständig kennen, vom Berichterstatter spontan oder auf Wunsch des Vorsitzenden oder von Letzterem selbst die vorbereitenden Schriftsätze erster Instanz und deren Beilagen, die Berufungsschriften u. s. w. von A bis Z verlesen würden. Gerade so zwecklos und der Mündlichkeit zuwider wäre es, die Berufungsanträge der Parteien und den durch die Berufung getroffenen Theil des angefochtenen Urtheiles sammt Entscheidungsgründen zu verlesen, wenn der Berichterstatter alles dies schon in seinen Vortrag eingeflochten hat. Das Gesetz will nur, daß diese Dinge actenmäßig richtig dem Gerichte zur Kenntniß gebracht werden: darauf, nicht auf dem Wie liegt der Ton der Formvorschrift des §. 486, Abs. 3. Das Referat soll nicht überladen sein; deshalb wurde die Trennung zwischen Vortrag und Verlesung angenommen. Kann im einzelnen Falle beides knapp und vollständig in Einem gegeben werden, so ist das keine Nichtigkeit. Umsomehr muß man sich aber gegen jene früher angedeutete doppelte Reproduction des Inhaltes der erstinstanzlichen Schriften aussprechen. Dadurch würde die Berufungsverhandlung sofort unter das Zeichen trostloser Oede und Langweile treten, und es würde mit schon halb erlahmtem Interesse an die Vorträge gegangen.

Die Berufungsschriften sind vorbereitende Schriftsätze (§§. 467 und 468, Abs. 2). Es gilt daher für ihre Verlesung dasselbe,

was früher über die Verlesung der vorbereitenden Schriftsätze in erster Instanz bemerkt wurde. Nur die Anträge der Parteien, nicht die Berufungsschriften in extenso sind bei der mündlichen Berufungsverhandlung zu verlesen.

2. **Vorbereitende Schriftsätze.** Das Zweite, von dem Umfang und Wirkungsgrad der Mündlichkeit abhängt, sind die vorbereitenden Schriftsätze in ihren verschiedenen Benennungen und die Art, wie sie — abgesehen vom Verlesen — verwendet werden. Was zunächst den Inhalt dieser Schriftsätze betrifft, wäre es ein Irrthum, wenn man in ihrer Kürze oder geringeren Ausführlichkeit, mit einem Worte im möglichst wenig Schreiben schlechtweg das Ideal erblicken wollte. Nicht jeder kurze Schriftsatz ist deshalb allein schon gut und der Mündlichkeit förderlich. Das Quantitative spielt in der Frage der Mündlichkeit eine untergeordnete Rolle, das Entscheidende ist hier die richtige gegenseitige Ergänzung zwischen vorbereitendem Schriftsatz und mündlicher Verhandlung, die richtige Stoffvertheilung. Vorbereitende Schriftsätze, die über das stumm und wortkarg sind, was für die mündliche Verhandlung zu wissen nöthig ist, genügen den Anforderungen der Mündlichkeit nicht, gleichgiltig, ob sie auch im Uebrigen schmächtig und kurz sind oder ob sie sich über Anderes, was für die mündliche Verhandlung weniger oder gar kein Interesse hat, mit aller Redseligkeit verbreiten. Gerade die Erscheinung aber wiederholt sich: der vorbereitende Schriftsatz drängt sich auf und bietet eine reiche Fülle von Mittheilungen, wo an Proceßmateriale kein Mangel ist, und er macht sich rar, wo man für eine genauere Darstellung der Sache sehr dankbar wäre. Die Bestimmungen des Gesetzes über die Stoffvertheilung zwischen den vorbereitenden Schriftsätzen und der mündlichen Verhandlung (§§. 75 bis 78) sind ebenso leicht zu verstehen und anzuwenden, wie die Vorschriften über die Mündlichkeit der Verhandlung. Der Praxis stehen außerdem seit Langem vortreffliche Musterbeispiele richtig abgefaßter vorbereitender Schriftsätze für das Verfahren in erster und zweiter Instanz zur Verfügung. Dennoch wollen gewisse Verfehlungen gegen die gesetzlichen Bestimmungen und Tendenzen nicht verschwinden. Daß man sie als Fehler erkennt, ist nicht

blos nothwendig wegen des Besserwerdens, sondern namentlich auch deshalb, weil sie manchmal sogar unerwünschte meritorische Folgen haben, die getadelt werden, ohne daß berücksichtigt würde, wieviel die Einrichtung des vorbereitenden Schriftsatzes daran Schuld trägt. So ist z. B. die Klage oft recht inhaltsarm und dürftig: die Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse ein leicht hingetuschtes farbloses Bild mit unklaren Contouren, meistens zugleich mit einem Hange zur Schablone, die Angabe der Beweismittel fast eine Phrase. Die Klagebeantwortung präsentirt sich ziemlich häufig als die alte Einrede mit specieller Beantwortung vulgo Widersprechung oder Bestreitung jedes einzelnen in der Klage angegebenen Umstandes, mit Rechtsausführungen und Darlegungen, wie sie das Gesetz (§. 78, letzter Absatz) verbietet; namentlich auch in der Sachverhaltsdarstellung breit und pragmatisch, als ob gleich daraufhin geurtheilt werden müßte. Die Berufungsschriften verschmähen es nicht selten, sich in der Angabe der Berufungsgründe oder in der Fassung des Berufungsantrages dem Gesetze unterzuordnen. Hie und da enthalten sie auch Deductionen aller Art, die in die mündliche Berufungsverhandlung gehören, und Rechtsausführungen. Letzteres verstößt wider das gesetzliche Verbot auch dann, wenn etwa in der Berufungsschrift einseitig auf die mündliche Berufungsverhandlung verzichtet wird. Die Mittheilung des Berufungsgegners — nach dem Gesetze eine kurze, articulirte Angabe der Umstände und Beweismittel, die der Berufungsgegner zur Widerlegung der Berufungsgründe in zweiter Instanz benützen will (§. 468, Abs. 2) — nimmt häufig die Gestalt der Appellationseinrede des früheren Processes an, mit Deductionen und Rechtsausführungen. Nicht davon zu reden, daß sich solche Mittheilungen gelegentlich auch dort finden, wo sie mangels der Voraussetzungen des §. 468, Abs. 2 überflüssig sind, weil der Gegner des Berufungswerbers überhaupt nichts Neues vorzubringen hat. Da diese und ähnliche Mängel hauptsächlich auf die Unsicherheit in den neuen Formen zurückzuführen sein werden, ist zu hoffen, daß die längere Uebung im neuen Processe sie zu vermeiden wissen wird. Es mag Manchem schwer werden, die Gewohnheiten einer langjährigen Berufsübung nun mit einem

Male zu verleugnen und den Anforderungen des modernen Geschäftsstyles sich zu fügen. Nebst der Unterweisung, welche die Erfahrung gibt, werden es die Gerichte nicht versäumen dürfen, bei passender Gelegenheit, in der mündlichen Verhandlung u. s. w., stets neuerdings auf die Fehler eines Schriftsatzes aufmerksam zu machen. Am ehesten wird aber eine ihren Zwecken entsprechende Abfassung der vorbereitenden Schriftsätze zu erwarten sein, wenn man sich die Nachtheile vergegenwärtigt, welche die Rechtsprechung und das Parteieninteresse durch Fehler wie die früher beispielsweise angeführten erleiden kann. Die gesetzwidrige Stoffvertheilung zwischen vorbereitendem Schriftsatz und mündlicher Verhandlung löst nämlich nach den verschiedensten Richtungen spielende Antriebe aus, die alle darin zusammentreffen, daß sie die mündliche Verhandlung herabdrücken und entwerthen, ihren Ernst mindern und damit ihre Leistungskraft schwächen. Es werden damit Geister wachgerufen, die lange genug zum Schaden der Rechtsprechung geschaltet haben und die man still im Grabe ruhen lassen sollte. Und zwar ist die gesetzwidrige Stoffvertheilung — wenn man so sagen darf — als Anlaß gefährlicher, wie als Ursache. Zwischen ihr und den Nachtheilen, von denen nun die Rede sein soll, besteht kein eigentliches Causal-, aber ein desto näheres Gelegenheitsverhältniß.

a) Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist die Inscenirung der mündlichen Verhandlung im Allgemeinen schwieriger als im Gerichtshofsverfahren, weil dem Richter nur die Klage vorliegt. In Unkenntniß der Vertheidigung des Beklagten, kann er weder sich für die Verhandlung, noch die Verhandlung selbst (durch proceßleitende Verfügungen) immer genügend vorbereiten. Jedenfalls läßt sich nicht mit dem gleichen Grade von Sicherheit und Wahrscheinlichkeit wie im Gerichtshofsverfahren dafür vorsorgen, daß der Proceß bei der Streitverhandlung in einem Zuge zum Abschluß gebracht wird. Diese in der Structur des bezirksgerichtlichen Verfahrens begründete Schwierigkeit wird nun begreiflicher Weise ungemein gesteigert, wenn — wie es so ziemlich die Regel ist — die Klage infolge ihrer abstracten, unindividuellen Fassung den Richter nicht einmal über die den Anspruch begründenden Ver-

hältnisse und die Proceßbehelfe des Klägers belehrt. Es wird dann oft beim besten Willen nichts übrig bleiben, als auf die mündliche Verhandlung warten, bei dieser den Streitfall mit den Parteien in großen Zügen durchsprechen und nun erst, wo man ungefähr beurtheilen kann, was auf beiden Seiten erheblich sein könnte, proceßleitende Verfügungen treffen; ausgenommen es wäre nach der Sachlage möglich, die mündliche Verhandlung dennoch sogleich durchzuführen, weil z. B. die Parteien anwesend sind und andere Beweismittel als deren Vernehmung nicht in Frage kommen. Es ist zu verstehen, warum man sich in Geschäftskreisen, wo häufig geklagt werden muß, davor sträubt, in jeder Klage eine individuelle Sachverhaltsdarstellung u. s. w. zu geben. In den wenigsten Fällen kommt es zur Streitverhandlung, und es hat die typische Klage auch Vortheile für den Beklagten im Kostenpunkte. Aber wenn die Sache streitig wird, verzögert sich leicht durch die blankettmäßig-nichtssagende Fassung der Klagen der Eintritt in die meritorische Erörterung, und der Uebergang vom Formelhaften zum Besonderen dieser Streitsache läßt sich oft nur mittels einer Vertagung bewerkstelligen. Hievon abgesehen, hat die unzureichende Informirung durch die Klage zweifellos die Folge, die Arbeit des Einzelrichters zu vermehren, die Anforderungen an seine Proceßleitungskunst und Energie zu erhöhen. Er muß nun versuchen, durch intensive Proceßleitung mit der Aufklärung des Sachverhaltes bald ebenso weit zu kommen, als der Senatsvorsitzende durch die vorbereitenden Schriftsätze. Seine Geschicklichkeit muß die minder günstigen äußeren Bedingungen zu meistern wissen, wie etwa ein Sturm oder Nebel die Anforderungen an das Können des Steuermannes erhöht, nicht aber diesem das Recht gibt, mit dem Schiffe auf einem Riff aufzufahren. Bestmögliche Verwendung der gegebenen Mittel, um den Unterschied in der schriftlichen Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wett zu machen, das ist die richtige Lösung. Eine unrichtige Lösung des Problems wäre es dagegen, falls die Klage nicht Alles bietet, was der Einzelrichter braucht, insbesondere falls der Sachverhalt etwas verworrener scheint, die erforderliche Information im bezirksgerichtlichen Verfahren statt durch gesteigerte Proceßleitung auf

schriftlichem Wege, durch den Wechsel vorbereitender Schriftsätze zu suchen. Sei es mittels extensiver Auslegung des Begriffes der bezirksgerichtlichen Punktensachen (§. 440, Abs. 3) und Auftrages zur Erstattung vorbereitender Schriftsätze, sei es durch directe Anordnung schriftlicher Klagebeantwortung, gewissermaßen in Ausübung der Proceßleitungsbefugniß, obwohl dem die Bestimmung des §. 440, Abs. 2 entgegensteht, sei es endlich durch Connivenz gegen Parteienanträge auf Wechsel vorbereitender Schriftsätze. Gleichgiltig, in welche dieser Formen die Insolvenzerklärung der Proceßleitung sich kleidet, das Zuhilferufen der Schriftlichkeit wäre dem Gesetze unbedingt zuwider. Zugleich würde dieses Auskunftsmittel das Verfahren verlangsamen und vertheuern, und die Stoffsammlung für das Urtheil würde, statt vereinfacht — wie dies die kundig geleitete contradictorische mündliche Erörterung ermöglicht — nur schwerfälliger und unergiebiger. Sehr oft müßte trotz der vorbereitenden Schriftsätze doch erst die Streitverhandlung die relevanten Punkte hervorsuchen und zur Bezeichnung der richtigen Beweismittel anregen. Aber das Gefühl, vor diesem Fehler warnen zu müssen, entspringt dem Bewußtsein, daß die Kargheit der Klage im bezirksgerichtlichen Verfahren zu dieser Abirrung leicht verleitet. Es ist wie eine Ironie: weil der eine Schriftsatz, die Klage, zu wenig enthält, vermehrt sich die Zahl der Schriftsätze im Ganzen. Das Zuwenig der Klage scheint auf den ersten Blick der mündlichen Verhandlung mehr vorzubehalten und daher der Mündlichkeit selbst förderlich zu sein. Anstatt dessen kann es in Wirklichkeit zu einer Stärkung des schriftlichen Elementes und zu einer Beeinträchtigung der Mündlichkeit den Anstoß geben.

b) Das zweite ist eine scheinbar direct entgegengesetzte Erscheinung. Wie das Zuwenig hat das Zuviel in den Schriftsätzen seine Gefahren für die Mündlichkeit. Was in der mündlichen Verhandlung vorzubringen ist, darf nicht in den vorbereitenden Schriftsätzen vollständig vorweg genommen werden und hier schon in der Gestalt auftreten, die es eigentlich erst in der mündlichen Verhandlung empfangen sollte. Das Gericht könnte es sonst für überflüssig halten, daß die in den vorbereitenden

Schriftsätzen ausführlich dargestellten Dinge in der mündlichen Verhandlung neuerdings vorgebracht werden. An und für sich ein durchaus naturwüchsiger Zug, eine Regung proceßökonomischen Sinnes. Wozu dasselbe zweimal vorbringen? Hauptsache ist, daß es das Gericht weiß. Die Form ist Nebensache und jedenfalls nicht von solcher Bedeutung, daß man deshalb allein auf einer genauen, langwierigen Wiederholung des Geschriebenen bei der mündlichen Verhandlung bestehen müßte. Ein derartiges Vernünfteln wäre ohne Zweifel unrichtig, weil nicht das Gericht, sondern das Gesetz bestimmt, wie weit die Zweckmäßigkeit maßgebend sein darf, und weil das Gesetz in dem hier besprochenen Punkte dem Gerichte kein Ermessen eingeräumt hat. Aber der Gedankengang läßt sich erklären. Namentlich in einer Zeit, da noch in sehr Vielen die Auffassungen des schriftlichen Verfahrens leben und durch die Beschäftigung mit den anhängigen alten Processen stets wieder genährt werden. Besteht man außerdem noch darauf, daß alle Mitglieder des Senates vor der mündlichen Verhandlung die Schriftsätze lesen, so kann die mündliche Verhandlung auf Grund von Schriftsätzen, die alles Wichtige des Factum und Jus weitläufig abhandeln, immerhin als eine inhaltslose, minderwerthige Formalität erscheinen. Es wird der Ansporn zur intensiven materiellen Proceßleitung beseitigt. Die Aufmerksamkeit, mit der man der mündlichen Verhandlung folgt, verringert sich, da man meint, ohnehin schon Alles zu wissen, was die Parteien sagen werden. Das Neue, das die Verhandlung dennoch bringt, findet einen vom Schriftsatzmateriale schon voreingenommenen Sinn und wird daher, wenn nicht geradezu ungern, so doch mit viel geringerer Empfänglichkeit vom Gerichte aufgenommen — mit einem Male hat die mündliche Verhandlung ihre Anziehungskraft verloren. Dann wird auch der Augenblick nicht mehr allzu ferne sein, wo die Praxis wieder nach und nach den Uebergang zum rein schriftlichen Processe vollzieht. Nirgends noch hat sich eine mündliche Verhandlung erhalten, die einen specifischen Nutzen nicht mehr bot. Angesichts dessen, daß wir rings um uns täglich mündliche Verhandlungen sehen, mag diese Todentanzscene schlecht angebracht scheinen. Doch hier kann eine

Mahnung, die zugleich den Schlußpunkt einer hie und da wahrnehmbaren unrichtigen Entwicklung zeigt, nicht früh genug kommen. Man muß in allen Instanzen vor den breiten, inhaltsstrotzenden vorbereitenden Schriftsätzen, die Alles aufs Ausführlichste darlegen, auf der Hut sein. Das Gericht kann sie nicht ausschließen, aber es darf sich nicht auf sie stützen. Die Ueberfülle muß das Gericht vielmehr dadurch materiell auf das rechte Maß reduciren, daß es den Schriftsätzen eben nur das entnimmt, was der Schriftsatz nach dem Gesetze bieten soll, alles übrige im Schriftsatz Enthaltene ohne Schwanken unberücksichtigt läßt und der mündlichen Verhandlung so ihren vollen gesetzlichen Wirkungskreis fest und sorgfältig wahrt. Sobald man weiß, daß von den Richtern auch darüber hinaus dem Schriftsatz Beachtung geschenkt wird, wird immer mehr in den Schriftsatz hineingeschrieben, um es dem Richter dadurch nahezubringen; das schädigt und verkürzt aber die mündliche Verhandlung. Dies dürfte umsomehr Beherzigung verdienen, wenn noch zwei weitere einschlägige Punkte erwogen werden.

c) Urtheilsgrundlage ist nach dem Gesetze (§. 414, Abs. 1) die mündliche Verhandlung. Die vorbereitenden Schriftsätze sind bei der Entscheidung nur insoweit zu beachten, als ihr Inhalt Bestandtheil der mündlichen Verhandlung geworden ist. Genauer gesprochen: die vorbereitenden Schriftsätze sind nicht eine eigene Erkenntnißquelle für den Richter, eine zweite Erkenntnißquelle neben der mündlichen Verhandlung, sondern sie kommen höchstens als Surrogat des Protokolls in Betracht, sofern nämlich bei Angabe des Inhaltes des thatsächlichen Vorbringens und der Beweisanbietungen auf sie im Protokolle Bezug genommen wurde (§. 210). In Allem, was darüber hinausgeht, sind die vorbereitenden Schriftsätze für die Entscheidung ohne jede Bedeutung. Es darf ebensowenig beachtet werden wie das, was in der mündlichen Verhandlung überhaupt nicht erörtert wurde. Das Weitere, was sich daraus ergibt, ist gleichfalls im Gesetze aufs Bestimmteste normirt. Darüber, ob eine thatsächliche Behauptung einer Partei wahr ist, hat das Gericht unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verhandlungs- und Beweisführung nach freier Ueberzeugung

zu entscheiden (§. 272). Ueber die Wahrheit ist also, wenn der Fall contradictatorisch wird, erst nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Wenn das im Schriftsatze angekündigte thatsächliche Vorbringen vom Gegner im darauffolgenden Schriftsatze nur nicht ausdrücklich zugestanden wird (§. 266, Abs. 1), ist die Wahrheitsprüfung in der mündlichen Verhandlung in keiner Weise eingeengt, beschränkt, keiner Partei ist präjudicirt. Ein ausdrücklicher Widerspruch ist nicht erforderlich, um sich gegen die Unterstellung eines Geständnisses zu decken, sofern nur ein ausdrückliches Geständniß im Schriftsatze fehlt. Und das Nämliche gilt für die mündliche Verhandlung selbst. Es ist nicht nöthig, formell abzuleugnen, zu widersprechen, was der Gegner gesagt hat und man für unwahr hält; es genügt, daß die Verneinung seiner Wahrheit aus dem gesammten Inhalte des eigenen Vorbringens sich ergibt (§. 267). Mit anderen Worten nur ein ausdrückliches Zugeständniß hat Rechtsfolgen, indem es die Wahrheitsprüfung ausschließt. Das Gesetz hat mit Vorbedacht mit dem Systeme des speciellen und formellen Widerspruches und des stillschweigenden Geständnisses gebrochen, das übrigens sich auch schlecht mit freier Beweiswürdigung vertragen möchte. Diese beiden Sätze müssen streng beobachtet werden. Sonst wird dem Verlangen nach Vereinfachung der Schriftsätze die Behauptung entgegengesetzt, ausführliche Schriftsätze, wie sie früher geschildert wurden, seien nothwendig, weil einerseits manche Richter der mündlichen Verhandlung weniger Werth beimessen und mehr dasjenige beachten, was im vorbereitenden Schriftsatze steht, und andererseits der Mangel einer ausdrücklichen und speciellen Bestreitung eines gegnerischen thatsächlichen Vorbringens bisweilen im Genre der alten Gerichtsordnung als Zugeständniß angesehen werde. Um solchen Einwänden nicht Vorschub zu leisten, wird es auch vorsichtig sein, in den Urtheilsgründen Wendungen zu meiden wie: „auf Grund der vom Gegner nicht bestrittenen Behauptung", „da Gegner nicht bestritten hat, daß u. s. w." oder „infolge unterlassenen Widerspruches ist es als erwiesen anzunehmen, daß u. s. w." Wo sich aber vorbereitende Schriftsätze mit derlei Widersprechungen finden, wird — wie erwähnt

— bei der mündlichen Verhandlung das Irrthümliche dieses Vorgehens und die Ueberflüssigkeit und Belanglosigkeit der Widersprechungen hervorzuheben sein, um der richtigen Auffassung zum Durchbruche zu verhelfen. Keinesfalls sind derlei Schriftsatzwidersprechungen bei der Entscheidung zu beachten. Dieser darf nur das mündliche Vorbringen, einschließlich der Folgerungen, die sich aus dem mündlichen Vorbringen für die Wahrheitsbeurtheilung ergeben, zu Grunde gelegt werden.

d) Der Mündlichkeit nachtheilig könnte die gesetzwidrige Stoffvertheilung endlich noch dadurch werden, daß man, durch das in sich Abgeschlossene des Schriftsatzes verleitet, auf den Schriftsatz hin ohne mündliche Verhandlung Beschlüsse auf Unterbrechung des Verfahrens oder Beweisbeschlüsse faßt. Das wäre eine arge Verletzung der Mündlichkeit. Wenn eine Partei mittels Schriftsatz vor der mündlichen Verhandlung die Vernehmung von Zeugen über erhebliche Behauptungen beantragt, kann — die Sicherung von Beweisen ausgenommen — nur Ladung der benannten Zeugen (§. 183, Z. 4) zur mündlichen Verhandlung, nicht aber thatsächliche Vernehmung der Zeugen angeordnet werden; auch nicht Vernehmung durch einen ersuchten Richter. Denn Vernehmung der Zeugen wäre Beweisaufnahme, dazu aber ist Beweisbeschluß nothwendig, und Beweisbeschlüsse kann das Gericht einzig und allein nur auf Grund mündlicher Verhandlung fassen. Die Vornahme eines Augenscheines oder die Begutachtung durch Sachverständige kann wegen drohenden Verlustes oder wegen Erschwerung des Beweises (§. 183, letzter Absatz) ohne und vor der mündlichen Verhandlung angeordnet werden. Jedoch gleichfalls nur im Sinne einer proceßleitenden Verfügung, nicht als Beweisbeschluß, was zur Folge hat, daß die Beweisaufnahme völlig unberücksichtigt bleiben muß, wenn nicht in der mündlichen Verhandlung ein Beweisbeschluß gleichen Inhaltes gefaßt wird. Oder allgemeiner gesagt: Beweisanbietungen und Beweisanträge in Schriftsätzen sind nur insofern beachtlich, als der Vorsitzende (Einzelrichter) infolge dessen Anordnungen im Sinne des §. 229 erlassen kann (§. 258, Abs. 1). Damit meritorisch auf einen Beweisantrag eingegangen werden kann, muß

er in der mündlichen Streitverhandlung selbst rechtzeitig (§§. 44, Abs. 1; 179, Abs. 1) gestellt werden. Es bleibt sich dabei gleich, ob der Schriftsatz neu angebotene Beweise oder Ergänzungen bereits zugelassener Beweise betrifft. Wenn z. B. Beweisbeschluß auf Vernehmung auswärtiger Zeugen gefaßt worden ist, kann nicht nachträglich mittels Schriftsatz vom Beweisführer oder etwa im Sinne eines Gegenbeweises vom Gegner beantragt werden, daß die Zeugen auch noch über andere, als die im Beweisbeschlusse bezeichneten Umstände oder daß nebst den zugelassenen Zeugen noch weitere Zeugen abgehört werden. Solche Schriftsätze wären kein Gegenstand einer gerichtlichen Beschlußfassung; darüber würde auch die Partei zu belehren sein, die im bezirksgerichtlichen Verfahren derlei Beweisanträge außerhalb der mündlichen Verhandlung zu gerichtlichem Protokoll erklären wollte. Ob der Antrag selbst möglich und zulässig ist, das ist nach den Regeln über die mündliche Streitverhandlung und nach dem concreten Stande der Verhandlung zu beurtheilen. Zugegeben, daß durch Beweisbeschlüsse auf Grund von Schriftsätzen unter Umständen das Verfahren abgekürzt werden könnte, aber man würde sich damit gegen die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vergehen und außer Acht lassen, daß Beweise nur über *streitige* Thatsachen zu erheben sind. Das praktisch Mißliche daran wäre, daß auf diese Art oft Beweisaufnahmen angeordnet würden, die sich dann später bei der mündlichen Verhandlung als unverwendbar herausstellen. Solche Irrthümer sind nur denkbar, so lange verkannt wird, daß heute die mündliche Verhandlung allein der Mittelpunkt des Verfahrens ist und die Schriftsätze nur ganz ausnahmsweise und blos in Fragen, die abseits des Meritums liegen, eine *selbstständige* Bedeutung haben.

Aus dem Vorausgegangenen ergeben sich demnach als Folgerungen:

1. Die Einrichtung der vorbereitenden Schriftsätze muß sich den Vorschriften des Gesetzes und der blos vorbereitenden Aufgabe des Schriftsatzes anschmiegen. Das Gericht hat darauf sowohl belehrend wie repressiv hinzuwirken. Es thut nur seine Pflicht, wenn es gewissenhaft prüft, inwiefern das Schriftsatzvorbringen bei der

Kostenbestimmung in Anschlag zu bringen ist (§. 41, Abs. 1), für unnöthige Arbeiten und für überflüssige Weitläufigkeiten keine Kosten liquidirt und eventuell bei auffälliger Außerachtlassung der gesetzlichen Vorschriften Kostenauflage nach §. 49 ausspricht. Dadurch wird jedenfalls auch eine wirksame Hemmungsvorstellung für diejenigen — gewiß seltenen — Fälle geschaffen, wo die Aufnahme von nicht dahingehörigen Anführungen oder die Weitschweifigkeit des Schriftsatzes wirklich nur aus der Absicht der Kostensteigerung entspringt.

2. Wie immer die vorbereitenden Schriftsätze abgefaßt sein mögen, die Mündlichkeit des Verfahrens muß im vollen gesetzlichen Umfange realisirt werden, indem nur das durch die mündliche Verhandlung gewonnene Proceßmateriale als Urtheilsgrundlage angenommen wird. Dieses Grundprincip des neuen Processes darf weder aus Bequemlichkeit, noch kleiner Zeitersparnisse wegen hintangesetzt werden. Das Verfahren käme sonst leicht auf ein falsches Geleise, das in die Schriftlichkeit ausmündet.

3. Die vorbereitenden Schriftsätze im bezirksgerichtlichen Verfahren sind, soweit das Gericht hierauf Einfluß hat, aufs Aeußerste einzuschränken. Die nothwendige Aufklärung oder Vervollständigung des Proceßmateriales soll in der mündlichen Streitverhandlung selbst geschehen, nicht mittels gerichtlich aufgetragenen Schriftwechsels. Parteianträgen auf Erstattung vorbereitender Schriftsätze zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung kann nur in Processen über Punktensachen willfahrt werden. Für die Ueberreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes darf das Gericht weder eine Frist bestimmen, noch darf es, um Schriftenwechsel zu ermöglichen, die anberaumte Tagsatzung hinausschieben oder vertagen. Die Vorschrift über die Festsetzung einer Klagebeantwortungsfrist (§. 243) ist auf das bezirksgerichtliche Verfahren nicht übertragbar. Hier ist vielmehr immer, und zwar auch in Punktensachen (§. 440, Abs. 3), zugleich mit dem Auftrage zur Erstattung oder zum Wechsel vorbereitender Schriftsätze die Tagsatzung zur Streitverhandlung anzuberaumen. Bei Anordnung dieser Tagsatzung ist selbstverständlich das Zeiterforderniß des Schriftenwechsels in Anschlag zu bringen.

In Punktensachen (§. 245, Z. 1) kann das Bezirksgericht Wechsel vorbereitender Schriftsätze oder Einvernehmung der Parteien zu gerichtlichem Protokolle anordnen. Dieses „oder" (§. 440, Abs. 3) ist disjunctiv. Man könnte nicht dem Wechsel vorbereitender Schriftsätze eine Einvernehmung zu gerichtlichem Protokolle folgen lassen, wenn etwa die Schriftsätze nicht die rechte Umschau über die erhobenen Ansprüche und über Proceßmittel und Sachverhalt gewähren. Die Einvernehmung der Parteien kann nebstdem — wie das Gesetz sagt — nur „zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung" geschehen. Sie ist daher nach Beginn der mündlichen Streitverhandlung nicht mehr statthaft und könnte noch weniger gleichsam in die mündliche Streitverhandlung eingeschoben werden, indem man die Parteien während der Verhandlung behufs Orientirung über den Proceßinhalt zum Verhandlungsprotokolle „einvernimmt". Dem Beklagten z. B., der bei der mündlichen Streitverhandlung ankündigt, daß er eine größere Anzahl von Gegenforderungen einwenden werde, dürfte nicht deswegen die Beantwortung der Klage mittels Schriftsatz aufgetragen werden. Sobald die mündliche Streitverhandlung begonnen hat, gibt es nur eine Form der Fortführung: die contradictorische mündliche Erörterung und Verhandlung. Sollte eine Ankündigung wie die eben erwähnte bei einer ersten Tagsatzung im technischen Sinne (§§. 440, Abs. 1; 239) erfolgen, so wäre der richtige Vorgang Anberaumung der Streitverhandlung und Auftrag, bis dahin vorbereitenden Schriftsatz anzubringen.

Mit dem Früheren ist es schon gesagt, daß der gerichtliche Auftrag zur Erstattung eines vorbereitenden Schriftsatzes im bezirksgerichtlichen Verfahren nie unter Androhung der Säumnißfolgen ergehen kann, die das Gesetz mit der nicht rechtzeitigen Ueberreichung der Klagebeantwortung verbindet (§. 398).

4. Wie im Gerichtshofsverfahren (§. 258) können die Parteien auch im bezirksgerichtlichen Verfahren vor Beginn der mündlichen Streitverhandlung vorbereitende Schriftsätze überreichen zur Ankündigung von Anträgen, Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, Behauptungen und Beweisen, die sie in der Streitverhandlung vorbringen wollen. Dazu brauchen sie keine gerichtliche Bewilligung.

Ein solcher Schriftsatz kann daher nicht zurückgewiesen werden. Er ist wie ein aufgetragener Schriftsatz oder wie die Schriftsätze im Gerichtshofsverfahren dem Gegner vom Gerichte mitzutheilen. Auch in anderen Belangen sind sie einander gleich. So darf wegen eines freiwillig überreichten Schriftsatzes die mündliche Verhandlung im bezirksgerichtlichen Verfahren ebenso wenig vertagt oder abberufen werden, wie wegen eines aufgetragenen Schriftsatzes. Namentlich könnte ein Vertagungsantrag nicht damit begründet werden, daß die Partei einen derartigen Schriftsatz erst vor Kurzem erhalten hat und mit der Vorbereitung ihrer Antwort bis zur Verhandlung noch nicht fertig wurde. Abgesehen davon, daß auf diese Weise leicht einverständliche Erstreckungen zu erreichen wären, nimmt der freiwillig angebrachte Schriftsatz im richterlichen Proceßprogramme keinen Platz ein. Er ist keine Vorbedingung, kein Erforderniß der mündlichen Verhandlung, und deshalb kann, was sich in Bezug auf ihn ereignet, kein Verhandlungshinderniß (§. 134, Z. 1) sein. Ferner ist die meritorische Beachtlichkeit solcher freiwillig überreichter Schriftsätze allgemein die gleiche, wie die der aufgetragenen Schriftsätze und gleich begrenzt. Auch durch die freiwillige Anbringung eines Schriftsatzes kann und darf der mündlichen Verhandlung kein Abbruch geschehen. Eine bemerkenswerthe Differenz zwischen freiwilligen und aufgetragenen Schriftsätzen besteht nur in Bezug auf die Kosten, und außerdem ist die Stellung der freiwillig überreichten Schriftsätze im Versäumnißverfahren zum Theile eine eigenthümliche.

Falls das Gericht im bezirksgerichtlichen Verfahren einer Partei einen Schriftsatz *aufträgt*, ist es in Betreff des Kostenpunktes insoferne gebunden, als nicht mehr die Frage aufgeworfen werden kann, *ob* die Einbringung des Schriftsatzes ein Act zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung war, sondern nur, inwieweit der Schriftsatz *inhaltlich* diesem Zwecke entspricht. Bei den freiwillig überreichten Schriftsätzen ist dies nicht so. Ihnen gegenüber ist das Gericht in seiner Beurtheilung nach beiden Seiten frei. Werden für einen freiwillig überreichten Schriftsatz Kosten angesprochen, so ist nicht nur zu erwägen, inwiefern er inhaltlich gerechtfertigt ist, sondern vor Allem, ob es

überhaupt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung u. s. w. nothwendig war, diesen oder einen derartigen Schriftsatz anzubringen.

Hinsichtlich des Versäumnißverfahrens sind mehrere Fälle zu unterscheiden. Ein *vor* der ersten Tagsatzung (im technischen Sinne oder Tagsatzung zur Streitverhandlung) vom Beklagten freiwillig überreichter Schriftsatz muß unberücksichtigt bleiben, falls der Kläger bei der Tagsatzung infolge Ausbleibens des Beklagten Versäumnißurtheil beantragt. Trotz Vorliegens des Schriftsatzes tritt Contumacirung gemäß §. 396 ein (arg. §§. 442, Abs. 1; 397, Abs. 1). Bei späterer Versäumniß wirkt der freiwillig überreichte Schriftsatz theils zu Gunsten, theils gegen die Partei, die ihn überreicht hat. *Zu ihren Gunsten*, indem neues mündliches Vorbringen der erschienenen Partei, das sie in einem *freiwillig* eingebrachten und dem Gegner übersendeten Schriftsatze angekündigt hat, bei der Urtheilsfällung ohneweiters berücksichtigt wird, wenngleich es mit früheren Erklärungen der Partei in Widerspruch steht. Der freiwillig überreichte Schriftsatz ersetzt hier die neuerliche Ladung der säumigen Partei und die Mittheilung einer Protokollsabschrift (§. 442, Abs. 2). *Gegen* die Partei, die den Schriftsatz eingebracht hat, wirkt diese Thatsache dadurch, daß sich diese Partei auch durch einen freiwillig angebrachten Schriftsatz in ihrem neuen thatsächlichen Vorbringen bindet. Behauptet sie bei der Tagsatzung etwas, das mit dem Inhalte des freiwillig überreichten Schriftsatzes im Widerspruche steht, so wird dies für das Urtheil nur durch Mittheilung einer Protokollsabschrift an den nicht erschienenen Gegner beachtlich (§. 442, Abs. 2). Der freiwillig überreichte Schriftsatz *erweitert* demnach den Kreis der thatsächlichen Anführungen, mit welchen das Vorbringen der allein erschienenen Partei nicht in Widerspruch gerathen darf. Im Uebrigen hat der freiwillig überreichte Schriftsatz in Versäumnißfällen blos als Ersatz der Beurkundung Bedeutung. Die darin enthaltenen Erklärungen und thatsächlichen Angaben *der säumigen Partei* sind nur zu beachten, soweit sie letztere bei früheren Tagsatzungen mündlich vorgebracht hat und der Schriftsatz statt directer Protokollirung zur Beurkundung dieses mündlichen Vorbringens benutzt wurde (§§. 399, Abs. 1 und 210, Abs. 1).

Schriftsätze mit neuen thatsächlichen Behauptungen und Beweisanträgen, die nach Beginn der mündlichen Streitverhandlung, also namentlich zwischen zwei Verhandlungsterminen, freiwillig überreicht werden, dürfen bei der mündlichen Verhandlung in keiner Weise verwendet werden.[1]) Sie dürfen weder verlesen werden, noch darf auf sie zur Erleichterung der Protokollirung im Verhandlungsprotokolle Bezug genommen werden. Mit den etwaigen proceßleitenden Verfügungen, zu denen sie Veranlassung geben (Zeugenladung, Augenscheinsvornahme u. s. w.), ist ihre processualische Function ein- für allemal erfüllt.

Anhangsweise sind zwei Dinge kurz zu berühren, die sich noch am besten unter dem Titel der Mündlichkeit unterbringen lassen.

3. Verschiedenheiten der mündlichen Verhandlung in Strafsachen. Civil- und Strafverfahren dürfen nicht miteinander vermengt werden, selbst nicht in Aeußerlichkeiten. Wenn auch nicht immer ein großer Gedanke, steht doch hinter den meisten Formverschiedenheiten ein sachliches Moment, und ungeachtet aller Betonung des staatlichen Interesses am Civilrechtsstreite würde es gewiß nicht blos Unzukömmlichkeiten, sondern die ernstesten politischen, sozialen und materiellen Gefahren heraufbeschwören, wenn man den Civilrechtsstreit strafproceßordnungsmäßig zu betrachten und zu behandeln sich gewöhnen würde. Diese weit in die Rechtsgeschichte zurückreichende Scheidung, die sich unter den verschiedensten Auffassungen des Delictes behauptete, hat ihren tiefen Sinn: es ist sehr nothwendig, daß man sich dies auch mittels der Formen beständig in Erinnerung hält. Es gibt Uebungen und Vorgänge im Strafprocesse, die sich in die mündliche Verhandlung nicht einschleichen dürfen. Die mündliche Verhandlung in Civilsachen z. B. ist durch die Vorträge der Parteien (§. 177) einzuleiten, nicht — wie es zum Theile im Strafprocesse geschieht — mittels einer Art resumirender Darstellung des Vorsitzenden oder Einzelrichters oder gar mittels Befragung und Ausfragung der Par-

---

[1]) Vgl. §. 258, Abs. 1, verb. „in der Zeit zwischen Anberaumung und Beginn der Streitverhandlung".

teien. Dies würde den gesetzlichen Typus der mündlichen Verhandlung im Civilprocesse nicht wiedergeben. Unrichtig wäre es ferner, in Civilsachen, sowie es in der Hauptverhandlung im Strafverfahren geschieht, sämmtliche geladene Zeugen sofort zu Beginn der mündlichen Verhandlung aufzurufen und gemeinsam an ihre Zeugenpflichten zu erinnern, bevor noch eine der Parteien zum Worte gekommen ist. Die wahrgenommene Neigung, die Parteien zum Verzichte auf die Beeidigung der Zeugen zu bewegen, das formlose Uebergehen zur Beweisaufnahme, ohne daß Beweisbeschluß gefaßt und verkündet würde, das Benützen „illustrirender" Beweise, von dem noch zu sprechen ist, das Entgegennehmen einer Anmeldung der Berufung nach Verkündung des Urtheiles und die Protokollirung dieser Anmeldung u. A. dürften gleichfalls hauptsächlich aus der Strafproceßpraxis stammen. Ueber alle diese Punkte enthält die Civilproceßordnung andere Vorschriften, die der Idee des Civilrechtsstreites besser entsprechen und deshalb genau befolgt werden müssen.

4. Vorträge der Parteienvertreter. Das Gericht würde sich seine Aufgabe zwecklos erschweren, wenn es den Anwalt einer Partei hindern möchte, die Streitsache durch seine Sach- und Rechtskenntniß aufzuhellen. Wer auf geistigem Gebiete, namentlich an der Erforschung des Wahren, mit ehrlichem Bemühen und unter der Controle des wirklichen Lebens arbeitet, der muß stets bescheidener werden: die engen Grenzen seines Erkennens werden ihm immer mehr bewußt, und er empfindet die Unentbehrlichkeit kritischer Mitarbeiterschaft Anderer von Tag zu Tag stärker. Das ist der große Segen, den die Methode der Naturwissenschaft uns gebracht, indem sie dem Dünkel der Speculation als sehr ernüchternde Genossen das Experiment und die Kritik durch die Erfahrungsthatsachen zugesellte. Auch die Jurisprudenz ist heute schon in allen ihren Zweigen in dem Sinne naturwissenschaftlich beeinflußt. Das eigentliche Experiment ist der Rechtsprechung allerdings versagt, darum hat sie um so dringendere Ursache, es wenigstens in der ihr zugänglichen Form zu pflegen, als Prüfung der Uebereinstimmung des eigenen Erkennens und Urtheilens mit dem anderer gleich vorgebildeter, mit gleichen Forschungs-

mitteln ausgestatteter Personen. Es wäre ein Fehler, die Hilfe des Anwaltes bei der juristischen Construction des Streitfalles zurückzuweisen, indem ihm in der mündlichen Verhandlung das Vorbringen von Rechtsausführungen verwehrt wird. Beim Denken kommen wir sehr oft am weitesten durch die Anregungen und Impulse, die fremde Gedanken uns geben. Sie fördern uns vielleicht nicht direct, aber durch die Antithese oder durch die Ausblicke, die sie auf Folgerungen eröffnen, über die man sonst achtlos hinweggesehen hätte. Sie sind vielleicht selbst nicht richtig, aber sie führen zum Richtigen. Den Streitfall sich von zwei verschiedenen Gesichtspunkten darstellen zu lassen, wird daher in der Regel für das richterliche Urtheil unschätzbar sein. Und es ist weder die Tendenz des Gesetzes, noch wird die Tendenz von sonst Jemandem gehegt, die Parteienvertreter an einer zusammenfassenden juristischen Erörterung des Streitfalles und der Verhandlungsergebnisse (Schlußplaidoyer) zu hindern. Nur müssen die Anwälte selbst *wollen*, das Gericht kann sie nicht zum Schlußvortrage zwingen. Das Proceßleitungsrecht (§. 180, Abs. 3) des Richters erstreckt sich auch auf solche Vorträge.

Ein *formelles* besonderes „Recht auf Schlußvorträge" konnte das Gesetz unmöglich anerkennen, denn das würde sich weder mit dem Principe der richterlichen Proceßleitung, noch praktisch mit der Befugniß des Vorsitzenden (Einzelrichters) vertragen, die Verhandlung nach seinem gewissenhaften Ermessen für geschlossen zu erklären. Ein solches feierlich verkündetes Grundrecht auf Schlußvorträge würde man auch in anderen Proceßrechten, z. B. in der deutschen Civilproceßordnung, vergebens suchen. Es ist dies aber ganz unentscheidend, wenn nur das Gericht vom Werthe und Nutzen einer zusammenfassenden Schlußerörterung überzeugt ist und einem darauf gerichteten Begehren des Anwaltes deshalb wohlwollend entgegenkommt. Wo diese Stimmung fehlt, würde der auf einen Gesetzesparagraphen sich stützende Schlußvortrag in der Sache wohl wenig ändern. Doch das ist eine grundlose Befürchtung. Einen Anwalt, der wirklich etwas zu sagen hat, wird kein einsichtiger, auf seine Aufgabe bedachter Richter am Sprechen hindern; gute, gehaltvolle Schlußvorträge,

welche die juristische Seite der Rechtssache auseinandersetzen und beleuchten, werden jedem Richter willkommen sein. Der Anwalt aber wird durch sie die richtige Lösung des Streitfalles mehr fördern, als wenn er im Namen seiner Partei über Sachverhaltdetails Erklärungen abgibt. Das ist schließlich die beste Arbeitstheilung: die Darlegungen über den Sachverhalt der aus erster Hand unterrichteten Partei, die Rechtsausführungen dem Anwalte. Unter allen Umständen sollen — anticipirten Verhandlungsschluß ausgenommen — nach der Beweisaufnahme die Parteien oder deren Vertreter gehört werden.

In der Berufungsverhandlung sind die Parteien — wie §. 486, Abs. 4 sagt — *mit ihren Vorträgen* zu hören. Darüber, *wie oft* jede Partei sprechen kann, enthält das Gesetz nichts. Es wird sich dies nach dem Zweck der Verhandlung zu richten haben. Daß jede Partei nur *einmal* sprechen dürfe, ist weder aus dem Gesetze zu entnehmen, noch wäre es mit der processualen Bestimmung der Parteivorträge vereinbar, dem Gerichte Alles zu bieten, was es für seine Entscheidung bedarf.

VII.

Beweis und Bescheinigung.

Die Institution des Processes hat für den Politiker, für den Staatsmann ebenso Interesse, wie für den juristischen Theoretiker, nur interessiren beide zunächst ganz verschiedene Dinge. Den Einen die politische, staatliche, wirthschaftliche, sociale Function, den Andern der Mechanismus, die technischen Einrichtungen. Sie verhalten sich also zu einander ähnlich, wie etwa der Zoologe und — wenn man ein solch ketzerisches Wort gebrauchen darf — der naturwissenschaftliche Metaphysiker, der Naturphilosoph, der auf Grund der Einzelforschungen die großen Verkettungen der Naturentwicklung und die leitenden Ideen von Natur und Leben zu erkennen sucht. In fast allen bisher besprochenen Materien konnte man es versuchen, die beiden meist getrennten Betrachtungsweisen zu vereinigen oder doch neben dem, was dem praktischen Juristen in erster Reihe wichtig ist, den Gesichtspunkt der politischen oder ökonomischen Function wenigstens anzudeuten. Im Beweisrechte ist das anders. Das politische, sociale Interesse daran ist nicht gering, denn das Beweisrecht begreift das materiell, für die Gerechtigkeit der Civilrechtsprechung wichtigste Princip der neuen Rechtsprechungsmethode in sich: die freie Beweiswürdigung. Aber die Untersuchung der praktischen Anwendung findet hier nur Technisches. Wie die freie Beweiswürdigung geübt wird, wie sie auf die Rechtsprechung wirkt und um wie viel letztere mittels der freien Beweiswürdigung dem wahren Rechte der Lebensverhältnisse congruenter geworden ist, mit anderen Worten die Function des neuen Beweisrechtes, ließ sich bis jetzt noch

nicht feststellen und wird sich wahrscheinlich auch in Zukunft schwer mit Sicherheit feststellen lassen. Das Urtheil, die Rechtsmittelentscheidungen, die Urtheilsbegründungen, die Ansichten der Parteien über die richterliche Beurtheilung des Factums, das Alles sind in diesem Falle keine verläßlichen Maße. Es ist die Frage, ob es überhaupt noch ein gemeingiltiges Maß gibt, sobald die Beurtheilung der Wahrheit des Factums hauptsächlich der persönlichen Ueberzeugung überantwortet ist. Man müßte jede einzelne Sache bis in ihre letzten Einzelheiten kennen, um zu sagen, hier sei von der Beweiswürdigung ein guter, hier ein minder guter Gebrauch gemacht worden, und selbst dann ist es noch durchaus ungewiß, ob Andere diese Ansicht billigen. Also nicht nur, daß sich der schwierigste Theil der richterlichen Thätigkeit unserer Beobachtung so gut wie ganz entzieht, können selbst etwaige Klagen nicht als unzweifelhafte Symptome betrachtet werden. Weder im Urtheilenden, noch im unzufriedenen Kritiker lassen sich eben die berechtigten und unberechtigten Einflüsse des Subjectivismus unterscheiden. Wie in so manchem anderen Lebenszweige gerade das Höchste und Entscheidendste nicht durch reale Bürgschaften gesichert werden kann, müssen wir daher auch betreffs der Beweiswürdigung vornehmlich der Pflichttreue, der hohen Auffassung des Richterberufes und der Charakterintegrität unseres Richterstandes vertrauen. Diese Eigenschaften werden ihn davor bewahren, die freie Beweiswürdigung mit Leichtgläubigkeit, Laune, Voreingenommenheit oder mit eingebildeter Allwissenheit zu verwechseln. Die Erfahrungen des Strafprocesses sind nicht derart, daß wir Sorge zu haben brauchen, es werde das Aufgeben der gesetzlichen Beweisregeln einmal zu bedauern sein. Ebensowenig ist bis jetzt zu besorgen, daß die freie Beweiswürdigung benützt wird, um sich vom Beweise zu sehr zu emancipiren, die eigene Intuition, das persönliche Glauben an Stelle des Beweises zu setzen. Wie weit sind wir in dieser Hinsicht noch von der im französischen Processe traditionellen Sparsamkeit mit Beweisaufnahmen entfernt! Neben dem zu großen Selbstvertrauen — wo es einmal vorkommen sollte — findet sich immer auch die compensirende übergroße Aengstlichkeit. Das Beweisbedürfniß steigert sich einstweilen mit der Instanz. Vertraut

ein Richter zu selbstgemuth auf sein eigenes Judicium, so wird im Rechtsmittelzuge mit Hilfe der Bestimmungen der §§. 496, Z. 2, und 503, Z. 2 nicht selten die Beweisaufnahme — im vollen Sinne des Wortes — in ihr *altes* Recht eingesetzt. Die große, erleuchtende und Wahrheit schaffende Kraft der mündlichen Verhandlung und des persönlichen Verkehres mit den Parteien wird vielleicht noch nicht genug gewürdigt. Vielfach herrscht bis nun das Gefühl vor, daß man ohne Beweisaufnahme überhaupt niemals über Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung urtheilen kann. Man wird deshalb eher zu freierer Auffassung des neuen Beweisrechtes anregen dürfen, als daß man befürchten müßte, das Gericht setze sich im Allgemeinen zu leicht über die Nothwendigkeit einer Beweisaufnahme hinweg. Die Gerichte erster Instanz haben in dieser Hinsicht den Gedanken der Proceßökonomie schon mehr in sich aufgenommen, aber es fehlt der volle Nutzen, so lange der Gedanke nicht in allen Instanzen gleichmäßig sich Eingang verschafft hat. Denn oft ist es geradezu die Besorgniß vor den Beweisanforderungen der Rechtsmittelbehörde, welche das Gericht erster Instanz — wie in den Zeiten des ehemaligen verschwenderischen Beweisluxus — dazu treibt, mit den Beweiszulassungen weiter zu gehen, als es ihm an und für sich ein Bedürfniß wäre. Was aber geschehen muß, um das Vorhandensein und die beständige Erhaltung und Stärkung der *moralischen* Garantien einer gesetzmäßigen und gerechten Anwendung der freien Beweiswürdigung zu sichern, liegt außerhalb des Bereiches unserer Kritik und zum großen Theile überhaupt außerhalb des Bereiches der Jurisprudenz. Jedenfalls bildet die Beweiswürdigung den Punkt, an dem die Wirkungen der allgemeinen culturellen, politischen und socialen Zustände in die Rechtsprechung übergehen *können*. Damit ist Alles gesagt.

Unter den technischen Einrichtungen des Beweisrechtes gibt der Praxis am meisten der Beweisbeschluß zu schaffen.

1. Beweisbeschluß. Das Vorbild des früheren Rechtes mit seinen Beiurtheilen und bedingten Endurtheilen hätte vermuthen lassen, daß die Beweiszulassung im neuen Processe eher zu formell genommen werden würde. Statt dessen scheint mehr Anlaß, auf

die Nothwendigkeit des Einhaltens gewisser Formen und vor Allem darauf hinzuweisen, daß es nach dem System der Civilproceßordnung eine Beweiszulassung ohne Beweisbeschluß nicht gibt. Für den Urkundenbeweis enthält das Gesetz in dieser Hinsicht nicht die geringste Besonderheit. Auch der Urkundenbeweis wird „aufgenommen", wenngleich die Beweisaufnahme hier nicht immer so deutlich, wie bei anderen Beweisen zum Vorscheine kommt. Da jede Beweisaufnahme durch Beweisbeschluß angeordnet werden muß (§. 277, Abs. 1), ist die Beweiszulassung mittels Beweisbeschluß bei Urkundenbeweis ebenso wie sonst unerläßlich. Und wie jeder Beweisbeschluß zu verkünden und zu protokolliren ist (§§. 426, Abs. 1; 208, Z. 3), so auch der Beschluß auf Zulassung von Urkundenbeweisen. Mehr noch: der Beweisbeschluß und dessen Protokollirung sind hier noch wichtiger als bei den anderen Beweismitteln, weil die Urkunde nicht immer nur Beweismittel ist und weil die eigentliche Beweisaufnahme beim Urkundenbeweise aller möglichen Variationen bis zur völligen Unsichtbarkeit fähig ist. In der mündlichen Verhandlung werden Urkunden sehr gerne blos zum Zwecke der Information, als Hilfsmittel der Sachverhaltsdarstellung und Erörterung benützt. Die Parteien berufen sich während ihres Vortrages auf die Urkunde, sie lassen einzelne Stellen davon statt weiterer Darlegungen sprechen, oder sie beziehen sich auf Urkunden, die bei den Acten liegen, um ihrer Erzählung mehr Nachdruck zu verleihen u. ä. Daneben kann die Urkunde in der mündlichen Verhandlung zur Führung eines Beweises im eigentlichen Sinne verwendet werden. Wie sich von selbst versteht, ist die processuale Charakteristik einer bestimmten Urkundenverwendung nicht gleichgiltig. Bei der Beweiswürdigung sind freilich die Ergebnisse der gesammten Verhandlung zu berücksichtigen, somit auch die Eindrücke, die das Gericht durch Urkunden empfängt, die blos zur Sachverhaltsdarstellung verwendet wurden. Wo jedoch die Wahrheit einer erheblichen thatsächlichen Behauptung streitig ist, muß förmlich bewiesen werden. Da wäre es nun eine fatale Lücke des Proceßmateriales, wenn zwar die zu diesem Beweise geeignete Urkunde dem Gerichte bekannt worden wäre, aber die Art der processualen Verwendung der Urkunde, speciell ihre

Verwendung als Beweismittel sich nachträglich nicht bestimmen ließe. Hier macht der Beweisbeschluß reinen Tisch, er sondert die beiden Verwendungsarten aufs Unzweifelhafteste. Verwendung der Urkunde,[1]) ohne daß sie durch Beweisbeschluß zugelassen ist, kann nie mehr als ein Behelf der Sachverhaltsdarstellung oder der contradictorischen Sachverhaltsermittlung sein (§. 182), Beweisaufnahme wird die Urkundenverwendung einzig und allein durch einen Beweisbeschluß. Dabei kann immerhin, wie später noch zu zeigen sein wird, die natürliche Reihenfolge von Beweiszulassung und Beweisaufnahme geradezu umgekehrt werden: es kommt nicht darauf an, daß der Verwendung der Urkunde ein Beweisbeschluß vorausging, es muß nur, um Urkundenbeweis annehmen zu können, im Processe die Beweisaufnahme durch diese Urkunde angeordnet worden sein. Neben der Unentbehrlichkeit für das Rechtsmittelverfahren hat die formell richtige Zulassung von Urkundenbeweisen auch indirecte Vortheile für den ersten Richter. Im Beweisbeschlusse und seiner Beurkundung liegt der Schutz gegen Vorwürfe wegen unzutreffender Beweiswürdigung und gegen die Gefahr, daß die Rechtsmittelinstanz den Rechtsstreit allzu häufig wegen ungründlicher Beurtheilung der Sache zur Verhandlung und Urtheilsfällung zurückweist (§§. 496, Z. 2 und 3; 503, Z. 2). Denn für Urkunden ist der protokollirte Beweisbeschluß das einzig mögliche Mittel, um das zur Wahrheitsfeststellung herangezogene Beweismateriale in jederzeit revidirbarer Art zu bezeichnen. Die Rechtsmittelinstanz weiß dann genau, ob eine Urkunde, welche und wofür sie in erster Instanz thatsächlich als Beweismittel benützt wurde. Zugleich aber überwacht sich der erste Richter mittels dieses Beweisbeschlusses selbst: er muß sich über die Provenienz der einzelnen Beweisgründe genauer Rechenschaft geben und wird dann wohl Erwägungen, die nicht auf der Nachprüfung zugänglichen Beweismitteln beruhen, bei der Wahrheitsfeststellung entweder ganz ablehnen oder sie in der Urtheilsbegründung so dar-

[1]) Verlesung oder, wo Verlesung nicht nothwendig ist (vgl. oben S. 125), die Beziehung auf die Urkunde mittels Citiren, Inhaltsangabe u. dgl.

legen, daß auch das Rechtsmittelgericht sie würdigen und eventuell annehmen kann. Welcher Gattung die Urkunde ist, macht in allen diesen Beziehungen keinen Unterschied. Strafproceßacten, Acten eines durchgeführten Civilprocesses, Acten anderer Behörden, z. B. die Acten einer bei der Bezirkshauptmannschaft verhandelten Wasserrechtssache, Jagdpachtacten u. s. w. dürfen gleichfalls nur auf Grund eines Beweisbeschlusses zur Erweisung des im Beweisbeschlusse bezeichneten zweifelhaften, proceßerheblichen Umstandes benützt werden.[1]) Schon daraus folgt die Unzulässigkeit der Verwendung strafgerichtlicher Acten zur sogenannten Illustrirung, d. h. um auf einzelne bei der mündlichen Verhandlung zu erörternde Umstände ein schärferes, besseres Licht zu werfen. Diese Sitte des Illustrirens würde sich außerdem mit der Unmittelbarkeit nicht vertragen, weil dadurch Vorgängen auf die endliche Entscheidung Einfluß eröffnet würde, die sich außerhalb des Verfahrens und ohne jede Controle der Parteien abgespielt haben. Der Beweisbeschluß ist endlich auch eine Bedingung der Benützung von Acten einer Beweisaufnahme, die zur Sicherung eines Beweises stattfand (§. 389). Nur ist letzterenfalls die Benützung der Acten noch an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß die unmittelbare Aufnahme dieses Beweises vor dem erkennenden Gerichte nicht mehr möglich ist.

Der Beweisbeschluß muß principiell der Beweisaufnahme vorangehen. Der Urkundenbeweis hält sich scheinbar nicht immer an diesen Grundsatz. Die Anomalie entspringt aus dem Doppelwesen der Urkunde als Informations- und Beweismittel. Die Urkunde kann zunächst bei der Sachverhaltserörterung von den Parteien verwendet (verlesen u. s. w.) werden, oder der Vorsitzende (Einzelrichter) kann kraft discretionärer Gewalt ihre Verwendung zur Ermittlung des status controversiae anordnen (§. 182). Bleibt ein bestimmter Umstand, für den die Urkunde als Beweis angeboten wird, bestritten, so muß Beweisbeschluß auf diesen Urkundenbeweis ergehen. Die Information, welche die

---

[1]) Ueber das Verhältniß der Verwendung derartiger Acten zum Zeugenbeweise siehe oben S. 38 f.

Urkunde gewährt, die Mittheilungen über den Sachverhalt, die sie enthält, sind eben nicht immer schon die Ueberzeugung von der Wahrheit und Richtigkeit des Inhaltes dieser Mittheilungen. Gesetzmäßiges Mittel zur Begründung dieser Ueberzeugung wird die Urkunde erst durch den Beweisbeschluß: damit erst wird die Echtheit der Urkunde, ihre Glaubwürdigkeit, ihr Verhältniß zu anderen Beweisen Gegenstand der gerichtlichen Prüfung und Beurtheilung. Aber es wäre wohl zwecklos, die dem Gerichte und den Parteien aus der früheren Verwendung (Verlesung u. s. w.) schon bekannte Urkunde nun neuerdings zu verlesen. Die Beweisaufnahme kann daher hier entfallen, weil durch die Benützung der Urkunde bei der Sachverhaltserörterung schon absolvirt. Oder anders: die Bemerkung des Richters nach Verkündung des Beweisbeschlusses, daß die zugelassene Urkunde schon verlesen wurde oder ihr Inhalt Allen ohne Verlesung bekannt ist, ersetzt solchenfalls die Beweisaufnahme durch Verlesung. Diese Bemerkung ist zu protokolliren, weil die Verwendung der Urkunde bei der contradictorischen Sachverhaltserörterung aus dem Protokolle nicht zu ersehen ist und daher ohne jede Bemerkung im Protokolle das Rechtsmittelgericht die Aufnahme des zugelassenen Urkundenbeweises vermissen würde. Die verkürzte Gestalt der Beweisaufnahme läßt das Maß der Parteienkritik ungeschmälert. Was die Parteien sonst bei der Beweisaufnahme an Bemerkungen und Einwendungen vorbringen würden, ist hier im Anschlusse an jene richterliche Verweisung auf die frühere Urkundenverlesung anzuführen.

Hat die Verlesung oder Beziehung einer Urkunde bei der contradictorischen Sachverhaltserörterung — wie es sehr häufig geschehen wird — das Ergebniß gehabt, daß beide Parteien das beurkundete Factum übereinstimmend als richtig zugeben, so entfällt natürlich Beweis und Beweisbeschluß; denn damit hat die Thatsache selbst aufgehört, streitig zu sein. Das Gericht hat den fraglichen Umstand seinem Urtheile zu Grunde zu legen (§. 266). Sofern bei jener sozusagen nur proceßleitend-aufklärenden Verwendung der Urkunde deren Echtheit bestritten wird, ist zu unterscheiden. Das Leugnen der Echtheit kann sich mit dem Zu-

geständniß der Proceßbehauptung verbinden, über welche die Urkunde aussagt. Dann kommt es selbstredend auf den Echtheitsbeweis nicht weiter an. Wo hingegen nicht blos die Echtheit der Urkunde, sondern auch das Factum selbst streitig ist und daher der Urkundenbeweis aufgenommen werden muß, da ist es nothwendig, im Beweisbeschlusse sowohl den Beweis über die bestrittene Proceßbehauptung, wie den Beweis über die Urkundenechtheit (mittels Zeugen, Schriftenvergleichung u. s. w.) zuzulassen. Dabei kann es sich wegen Abganges anderer Beweismittel für die Urkundenechtheit sogar ereignen, daß — nur scheinbar gegen die Subsidiarität der Parteivernehmung — in einem und demselben Beweisbeschlusse Urkundenbeweis über die bestrittene Proceßbehauptung und Beweis durch Parteivernehmung über die Urkundenechtheit zugelassen wird. Beweis der Urkundenechtheit ist also jedenfalls nur erforderlich, wenn der Beweis durch die nämliche Urkunde meritorisch nothwendig ist; er setzt immer Beweisbeschluß auf Urkundenbeweis über eine materiell proceßerhebliche Behauptung voraus. Urkunden, die durch Beweisbeschluß zur Beweisführung zugelassen werden, sind wegen des Rechtsmittelverfahrens bei den Acten zu behalten. In welcher Form (Urschrift, Abschrift oder Auszug), steht im Ermessen des Gerichtes.

Wie die Urkunde, kann in Besitzstörungssachen der Augenschein in der doppelten Anwendung: als Informationsbehelf und Beweismittel vorkommen. Wenn nach Ansicht des Gerichtes der Sachverhalt ohne Besichtigung des Streitgegenstandes nicht oder nur schwer ermittelt werden könnte, so ist die mündliche Verhandlung an Ort und Stelle selbst anzuberaumen (§. 132, Abs. 2). Je nach Bedarf wird dann sogleich zu Beginn der Verhandlung oder nach den Parteivorträgen die Oertlichkeit besichtigt werden, um das thatsächliche Vorbringen der Parteien und den streitigen Sachverhalt dadurch aufzuklären. Der Augenschein dient hier, wie sonst eine Frage oder die Anfertigung einer Planskizze oder die Beziehung auf eine Urkunde, lediglich dem besseren Verständnisse der Parteianführungen, ohne Rücksicht darauf, wie die Anführungen der Parteien sich inhaltlich zu einander stellen. Die praktische Folge der Localbesichtigung wird fast immer sein, daß der Richter

über das, was er selbst gesehen hat, keinen Beweis fordern und zulassen wird, aber theoretisch darf dies nicht mit der Beweisführung durch Augenschein — soweit man überhaupt von einer solchen sprechen darf — verwechselt werden. Das Ergebniß der Besichtigung ist, allenfalls unter Anfertigung einer Skizze, zu Protokoll festzustellen; ein Beweisbeschluß wird hier nicht gefaßt. Sonst, von dem proceßleitend-aufklärenden Augenschein abgesehen, darf auch in Besitzstörungssachen Augenschein nur auf Grund eines Beweisbeschlusses eingenommen werden, gleichgiltig, ob der Augenschein auf Antrag oder von amtswegen angeordnet wird (§. 368, Abs. 1). Erlassung des Beweisbeschlusses und Beweisaufnahme sind dann dem Zeitpunkte vorbehalten, in dem die Streitpunkte aus den Parteivorträgen mit genügender Klarheit hervorgetreten sind. Der Beweisbeschluß auf Augenschein in Besitzstörungssachen unterscheidet sich hinsichtlich Inhalt und Wirkung in nichts von jedem anderen Beweisbeschlusse. Wo die Localbesichtigung nicht für die Leitung und Durchführung der Verhandlung erforderlich ist, darf daher nicht das Verfahren mit dem Augenschein begonnen werden: nebst allen anderen Gründen schon deshalb nicht, weil ohne genügende Kenntniß des Streitfalles bei der Augenscheinsvornahme leicht Nebensächliches festgestellt und über Wesentliches achtlos hinweggegangen würde.

2. **Inhalt des Beweisbeschlusses.** Der verkündete Beweisbeschluß und dessen protokollarische Beurkundung, sowie die schriftliche Ausfertigung des Beweisbeschlusses (§. 277, Abs. 3) muß die streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel genau bezeichnen (§. 277, Abs. 1). Da das Gesetz für Urkundenbeweise auch in dieser Hinsicht keine Ausnahme macht, ist im Beschlusse auf Zulassung eines Urkundenbeweises neben der Angabe der Urkunde, die als Beweismittel benützt werden darf, das Beweisthema in derselben Art anzuführen wie bei Zeugen-, Sachverständigenbeweis u. s. f.

Das Fehlen von Angaben über den Beweissatz oder dessen nicht genügend genaue Bezeichnung ist für das Verfahren erster Instanz und für die Urtheilsabfassung, am meisten aber für das Rechtsmittelverfahren schädlich. Was es für die Durchführung

und das Ergebniß mittelbarer Beweisaufnahmen besagen will, wenn die richtigen Ziele und Grenzen der Beweisführung vom beauftragten oder ersuchten Richter mehr oder weniger errathen werden müssen, das ist nicht weiter auseinanderzusetzen. Jedoch auch der unmittelbaren Beweisaufnahme wird durch den Abgang eines gehörig präcisirten Beweisthemas der feste Boden entzogen. Unbestrittenes und Beweisbedürftiges, Relevantes und Unentscheidendes kann dann in die Beweisaufnahme hineingeworfen werden; an jedem Thatumstande, der zur Sprache kommt, an jeder Frage der Partei kann der Streit von Neuem entbrennen, ob auch darüber Beweis zu erheben ist. Statt das Zweifelhafte zu vermindern, zurückzudrängen, wird so die Beweisaufnahme Quelle weiterer Verwirrungen. Und zwar nicht blos für ihr eigenes enges Gebiet, sondern auch für die spätere mündliche Verhandlung, da mehr als einmal in Ermanglung einer urkundlichen Umschreibung des Beweisthemas Richter und Parteien darüber uneins sein werden, ob eine bestimmte Anführung Gegenstand der früheren Beweisaufnahme war oder nicht. Ein anderer Nachtheil zeigt sich in Säumnißfällen. Mangels gehöriger Bestimmung des Beweissatzes im Beweisbeschlusse wird es nämlich nicht immer möglich sein, die Anführungen, deren Beweis erbracht werden sollte, zu berücksichtigen, falls bei der erstreckten Tagsatzung eine Partei ausbleibt und der Gegner Urtheilsfällung beantragt (§. 399, Abs. 1). Endlich vermag nur die Präcisirung des Beweisthemas es zu verhindern, daß Beweise, insbesondere Zeugenbeweise, zu dem Zwecke angeboten werden, um erst durch sie zu erfahren, welches die eigentlich entscheidenden Thatsachen und Beweise sind. Die Nachtheile für das Rechtsmittelverfahren zeigen sich vor Allem, wenn die zugelassenen Beweise halbe oder unsichere Ergebnisse, statt des beweisbedürftigen Umstandes nur Mittheilungen über Indicien oder über fernerliegende Begleitmomente liefern. Die unzureichende Bezeichnung des Beweisthemas kann dann das Rechtsmittelgericht leicht zur irrigen Annahme leiten, es sei in der ersten Instanz nicht über den kritischen Umstand Beweis gefordert worden. Die Rechtsmittelinstanz kann mit anderen Worten der Unklarheit oder dem Unsicheren, Ver-

schwommenen der Aussage, des Beweisresultates die Deutung eines Fehlers des Proceßgerichtes geben und wegen vermeintlich unterlassener Beweiserhebung über wesentliche Umstände zu Unrecht Rückverweisung anordnen (§§. 496, Z. 2 und 3; 503, Z. 2). Für das Berufungs- und Revisionsverfahren ist ferner aus mehrfachen Gründen (Beweisergänzung, Rückverweisung u. s. w.) das negative Moment oft sehr wichtig, daß eine Parteianführung mit den angebotenen Beweismitteln nicht festgestellt werden konnte. Auch das wird nur durch genaue Bezeichnung des Beweisthemas im Beweisbeschlusse außer Zweifel gesetzt. Protokoll und Urtheil müssen zusammen jedem dritten Leser ein treues Bild des Streitfalles bieten. Es ist verfehlt und führt zu allerlei weiteren Fehlern, wenn man nur durch mühsame Folgerungen aus dem Urtheilsthatbestande oder aus den Entscheidungsgründen dazu gelangen kann, ungefähr zu wissen, worüber der Beweis zugelassen wurde. An der Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen über den Inhalt des Beweisbeschlusses liegt somit mehr, als man im ersten Augenblicke meinen möchte. Sie steht auch im Zusammenhange mit der Methode der Proceßleitung. Wer weiß und beachtet, daß die zu beweisenden Thatsachen im Beweisbeschlusse anzugeben sind, wird einen solchen Beschluß nicht fassen, bevor sich nicht ein ganz klares, bestimmt formulirbares Beweisthema ergeben hat. Das aber wird wieder die sehr wohlthätige Folge haben, daß überflüssige Beweisaufnahmen vermieden werden. Umgekehrt wird ein Beweisbeschluß mit mangelhafter Angabe des Beweisthemas meistens Ausdruck minder guter Proceßleitung sein. Denn die vorschauende Proceßleitung wird vom Anfang an trachten, die erheblichen streitigen Umstände durch die Verhandlung so zu entwickeln, daß der Beweissatz für den Beweisbeschluß allmählich herauswächst und auf seine Formulirung keine weitere Mühe zu verwenden ist.

Beim Beweise durch Parteivernehmung ist die genaue Angabe der Thatsachen, deren Wahrheit durch die Vernehmung festgestellt werden soll (§. 375, Abs. 1), deswegen von noch größerer Bedeutung als sonst, weil über eine bestimmte Thatsache immer nur eine der beiden Parteien eidlich vernommen werden darf (§§. 377, Abs. 2; 489, Abs. 1). Es wäre sonst schwer, nach eid-

licher Vernehmung einer der Parteien zu entscheiden, ob und über welche Umstände der Gegner — sei es in erster Instanz oder im Berufungsverfahren — zur eidlichen Vernehmung zugelassen werden darf. Die Ergänzung und Bekräftigung des Protokolles über die eidliche Vernehmung durch die Bezeichnung des Beweisthemas im Beweisbeschlusse erhöht jedenfalls die Sicherheit dieser Entscheidung.

Den Beweisbeschluß hat das Gericht nach seiner Ansicht über die Erheblichkeit und Beweisbedürftigkeit der einzelnen Anführungen und über die Leistungsfähigkeit der angebotenen Beweise zu fassen. Das Gericht hat zu Beweis zu verstellen, was es selbst bewiesen zu haben für nöthig erachtet, denn die Beweiszulassung ist Vorbereitung des Endurtheiles. Ob die Parteien diesen oder jenen Beweis wollen, ist für die Beweiszulassung völlig belanglos. Deshalb könnte z. B. nicht ein Beweisbeschluß ergehen, daß infolge Einverständnisses der Parteien bestimmte Personen als Zeugen vernommen werden sollen. Diesen inneren Zusammenhang mit dem Beweisbedürfnisse des Gerichtes darf der Beweisbeschluß auch in der Folge nicht verlieren: das jeweilige Bedürfniß nach Beweisen hat nicht blos den Inhalt, sondern auch die Ausführung des Beweisbeschlusses zu regeln. Der Beweisbeschluß bindet das Gericht nie in dem Maße, daß sämmtliche zugelassene Beweise aufgenommen werden müssen, weil sie nun einmal zugelassen sind. Sobald der zu beweisende Umstand vom Gegner zugegeben wird, ist stets die weitere Beweisaufnahme einzustellen. Und dasselbe muß geschehen, wenn schon ein Theil der aufgenommenen Beweise das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweissatzes vollkommen überzeugt. Die übrigen zugelassenen Zeugen z. B. trotzdem abzuhören, hätte keinen Werth. Das Gericht wird hier vielmehr — bei unmittelbarer Beweisaufnahme — die Beweisaufnahme abbrechen und je nachdem unter Bekanntgabe seines Beschlusses die mündliche Verhandlung fortsetzen oder zur Urtheilsfällung schreiten.

Die Bezeichnung des Beweisthemas im Beweisbeschlusse kann bei allen unmittelbaren Beweisaufnahmen durch Anführung der

Ziffern des im Protokolle artikulirten und nummerirten Parteivorbringens geschehen.

3. Beschlüsse zur Durchführung der Beweisaufnahme. Den Beweisbeschlüssen fehlt die selbstständige Anfechtbarkeit (§. 277, Abs. 4). Das Gesetz betrachtet den Beweisbeschluß als einen Act der Proceßleitung, gegen welche in der Regel ein abgesondertes Rechtsmittel gleichfalls versagt ist. Das praktische Motiv dafür ist die Besorgniß, daß die mündliche Verhandlung durch Recurse gegen Beweisbeschlüsse alle Concentration verlieren würde. Man fürchtet die Entwerthung der Vorkehrungen, die jeweils zur Durchführung der Verhandlung getroffen wurden, das Stillstehen des Verfahrens, die nach jeder solchen Unterbrechung nothwendigen Wiederholungen, die Verzögerungen und die Vermehrung der Kosten. Das Gesetz verhehlt sich nicht, daß der Beweisbeschluß, obwohl formell für das Gericht nicht bindend, „thatsächlich für den Ausgang des Streites oft von entscheidender Bedeutung sein wird".[1]) Ein selbstständiges Rechtsmittel gegen den Beweisbeschluß ist daher eine discutable Frage, aber die Erwägung, wie sehr darunter das Verfahren leiden müßte, und der Gedanke, daß die Concentration der Verhandlung für die Rechtsprechung im letzten Sinne wichtiger sei als ein verfehlter Beweisbeschluß, entschieden gegen die Anerkennung selbstständiger Anfechtbarkeit. Nun ist der Beweisbeschluß für sich manchmal zu wenig. Damit der Beweis überhaupt oder auf das Zweckmäßigste aufgenommen wird, bedarf es gegebenenfalls noch weiterer Beschlußfassungen, Durchführungsbeschlüsse. Diese sind ihrem Wesen nach nur Fortsetzung des Beweisbeschlusses, Mittelglieder seiner Verwirklichung, der Beweisbeschluß in Bewegung auf sein Ziel, aber ihre Erscheinung ist die eines selbstständigen Beschlusses. Es frägt sich, wie es mit deren Anfechtbarkeit sich verhält, ob sich diese nach dem Inhalte des Beschlusses richtet und daher die beschränkte Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses ist oder ob die Form des selbstständigen Beschlusses unbeschränkte An-

---

[1]) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe der Civilproceßordnung, Materialien I, S. 301.

fechtbarkeit begründet. Es wird z. B. Beweis durch Augenschein und Sachverständige zugelassen, um die von einer Partei behaupteten Mängel eines verkauften Pferdes festzustellen. Da sich das Pferd zur Zeit des Beweisbeschlusses nicht am Orte des Proceßgerichtes befindet, wird bei der Verhandlung vom Gegner des Beweisführers beantragt, für den Fall der Zulassung dieses Beweises das Pferd zum Zwecke unmittelbarer Beweisaufnahme nach dem Orte des erkennenden Gerichtes bringen zu lassen. Das Gericht ordnet dies im Beweisbeschlusse an. Es findet sich die Meinung, ungeachtet der suspendirten Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses sei gegen die Verfügung, den Beweisgegenstand an den Ort des Gerichtes zu bringen, ein selbstständiger Recurs zulässig. Denn der Beschluß, wo die Beweisaufnahme erfolgen soll, sei „in seiner Wesenheit" vom Beschlusse auf Zulassung des Beweises verschieden, und das Gesetz verneine weder, noch beschränke es die Anfechtbarkeit des ersteren Beschlusses. Beides scheint unzutreffend.

Die Civilproceßordnung verweigert abgesonderte Rechtsmittel gegen *Beweisbeschlüsse*. Beweisbeschluß ist aber nach den Worten des §. 277, Abs. 1 (vgl. §. 278, Abs. 1) der Beschluß, durch welchen *die Beweisaufnahme angeordnet wird*. Der Beweisbeschluß der Civilproceßordnung ist sonach keineswegs blos ein principielles Beweiserkenntniß, nicht blos Entscheidung, daß ein bestimmter Beweis zugelassen wird, sondern er ist beides zugleich: Beweiszulassung *und* Einleitung desjenigen, was im einzelnen Falle zur Durchführung der zugelassenen Beweisaufnahme veranstaltet werden, geschehen muß. Gerade in dem Letzteren besteht die *Anordnung* der Beweisaufnahme. Nach der Art, wie das Gesetz den Beweisbeschluß definirt, ist gar kein Zweifel möglich, daß die im einzelnen Falle zur Bewirkung der thatsächlichen Beweisaufnahme nothwendigen oder ihr dienlichen Verfügungen[1]) nicht besondere, vom Beweisbeschlusse verschiedene richterliche Beschlüsse sind. Sie gehören zum Beweisbeschlusse selbst: nach Gehalt und Function, wie nach dessen ge-

[1]) Ladung, Bestellung des Sachverständigen, Anberaumung der Tagsatzung zur Vornahme des Augenscheines, Ersuchen um Beweisaufnahme u. s. w.

setzlichem Begriffe. Solche Verfügungen können sogleich bei der Beweiszulassung getroffen werden, im Beweisbeschlusse selbst, wie im obigen Beispiele. Ihre Nothwendigkeit kann sich auch erst hinterher einstellen: z. B. der Zeuge wird zuerst zur mündlichen Verhandlung geladen, es zeigt sich aber infolge der Ladung, daß seine Vernehmung durch ersuchten Richter geschehen muß. Das ist offenbar der Prüfstein für die Richtigkeit der einen oder anderen Auffassung. Was die Einheit der Beschlußform vielleicht noch verbergen kann, muß unter allen Umständen an den vom Beweisbeschlusse gesonderten Beweisaufnahme-Verfügungen zu Tage kommen. Wenn der Grund für die Beschränkung der Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses nach dem Gesetze in der That innerhalb des Bezirkes der eigentlichen Beweiszulassung liegt und darüber nicht hinaus reicht, so gibt es nur eine Folgerung: die unbeschränkte Anfechtbarkeit aller separaten Beweisaufnahme-Verfügungen. Gerade diese Folgerung nun verbietet uns das Gesetz, indem es ein abgesondertes Rechtsmittel gegen Beschlüsse für nicht zulässig erklärt, durch welche „Beweisaufnahmen angeordnet oder einem beauftragten Richter übertragen oder zum Zwecke der Beweisaufnahme Ersuchschreiben erlassen werden“ (§. 291, Abs. 1). Beweisaufnahme-Verfügungen, die nicht unter eine dieser drei Kategorien fallen, gibt es kaum. Wenn das Gericht im obigen Falle entscheidet, der Augenschein- und Sachverständigenbeweis seien vor dem erkennenden Gerichte aufzunehmen und der Beweisgegenstand deshalb dorthin zu schaffen, so ist das zweifellos die „Anordnung einer Beweisaufnahme“ und daher sowohl als Beweisbeschluß (Anordnung der Beweisaufnahme) kraft der Vorschrift des §. 277, Abs. 4, wie durch die Specialbestimmung des §. 291, Abs. 1 der abgesonderten Anfechtung entzogen. Selbst wenn das Gesetz nicht so vorbehaltlos sprechen würde, müßte übrigens das Argument aus dem Zwecke der Anfechtungsbeschränkung zum selben Schlusse führen. Was dem Gesetze so wichtig scheint, daß es ihm die freie Kritik des Beweisbeschlusses zum Opfer brachte, kann nicht ungleich geringeren Interessen, Scheininteressen preisgegeben werden wollen. Ob ein Beweis überhaupt zuzulassen ist, darüber darf das Urtheil

der Rechtsmittelinstanz nicht angerufen werden. Ob der Beweis am Orte A oder B aufzunehmen ist — proceßrechtlich gegenüber der eigentlichen Beweiszulassung gewiß das minder Wichtige — das sollte sogleich nachgeprüft werden? Deshalb sollte die Concentration ohneweiteres vernichtet und das Verfahren unterbrochen werden können? Beginnt man die „Totalität des Beweisbeschlusses" zu zerfasern und im Beweisbeschlusse gegen allen praktischen Sinn und Zweck anfechtbare und nicht anfechtbare Bestandtheile zu unterscheiden, dann ist das Spiel verloren. Was das Gesetz mit allen Mitteln zu erreichen strebt: den ungestörten Verlauf der mündlichen Verhandlung erster Instanz, es würde bald zu den Seltenheiten gehören. Mittels Recurs gegen einen der „in der Wesenheit" vom Beweisbeschlusse verschiedenen Beschlüsse wird es fast immer gelingen, die Verhandlung zu zerreißen und die Sache mit allen nachtheiligen Folgen dieser Unruhe zwischen der Proceß- und Recursinstanz hin- und herzuzerren. Ein Beharren bei diesem Mißverständnisse müßte daher auch den schlimmsten Einfluß auf die Festigkeit und Sicherheit der materiellen Proceßleitung üben.

In den gleichen Irrthum verfällt die Anerkennung eines selbstständigen Recurses gegen den Beschluß, mittels dessen ein Sachverständiger bestellt wurde. Die Bestellung, die Auswahl des Sachverständigen gehört ebenfalls zur Anordnung der Beweisaufnahme. Sie ist sogar die wesentlichste Voraussetzung für letztere, daher auch hier ein abgesondertes Rechtsmittel schon durch die eben erwähnten §§. 277 und 291 ausgeschlossen ist. Dies wird noch durch Folgendes unterstützt. Das Gesetz gibt den Parteien gegen die Bestellung des Sachverständigen ein eigenes Rechtsmittel: die Ablehnung des bestellten Sachverständigen (§. 355). Es wäre daher der selbstständige Recurs ganz überflüssig. Und er ist zugleich damit unvereinbar, daß das Gesetz die Anfechtung der Entscheidung über die Ablehnung größeren Beschränkungen unterwirft (§. 366, Abs. 1), als nach jener Ansicht für die Anfechtung der Sachverständigenbestellung gelten würden. Ebenso unrichtig wäre es, wenn ein Beweisbeschluß auf Zulassung des Sachverständigenbeweises infolge selbstständigen Recurses deshalb aufgehoben würde, weil die Par-

teien über die Person des Sachverständigen nicht gehört wurden (§. 351, Abs. 1). Das Gesetz (§. 277, Abs. 4) versagt die selbstständige Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses ohne Unterscheidung, welcher Art Beschwerden man gegen den Beweisbeschluß erheben zu können glaubt. Alle Beschwerden gegen Beweisbeschlüsse, betreffen sie das Meritorische oder die Form, sind später, als sogenannte verbundene Beschwerde anzubringen. Wenn aber das Gericht den Sachverständigen ohne Anhörung der Parteien bestellt, ist das überhaupt kein Anlaß zum Recurs, sondern es ist die Verletzung einer das Verfahren regelnden Vorschrift, gegen welche durch Mängelrüge (§. 196) zu reagiren ist.

4. Beweis durch Urkunden. Regel ist, daß die Partei, die sich zum Beweise ihrer Angaben auf Urkunden beruft, diese dem Gerichte vorzulegen hat (§. 297). Die Urkundenvorlegung zur Sachverhaltsermittlung und die kraft Beweisschlusses sind materiell von einander allerdings verschieden, aber soweit der Vorsitzende oder Einzelrichter in Ausübung seiner proceßleitenden Befugnisse (§. 183, Z. 3) den Parteien bei Herbeischaffung der Urkunden behilflich sein kann, soll er es auch dann thun, wenn mittels Beweisbeschluß auf Vorlage von Urkunden erkannt wurde. Dieselben Erwägungen, welche die eine Einrichtung geschaffen haben, rechtfertigen und empfehlen auch die andere. Bei Beweisbeschlüssen auf Urkundenbeweis durch Grundbuchsauszüge, Erhebungsprotokolle der Grundbuchsanlegung u. ä. ist daher, namentlich wenn Proceßgericht und Buchgericht gleich sind, nicht dem Beweisführer Vorlage beglaubigter Abschriften dieser Urkunden aufzutragen, was nebstbei das Verfahren ebenso verzögert wie vertheuert. Das Gericht hat vielmehr — wenn nicht besondere Umstände obwalten, die dies ausschließen — auch ohne Antrag die Herbeischaffung der Urkunden von amtswegen einzuleiten. Der Beweis durch Einsichtnahme ins Grundbuch ist — nebenher erwähnt — Urkundenbeweis, nicht Augenschein. Als Urkundenbeweis ist er jenseits der proceßleitenden Verfügungen (§. 183, Z. 2 und 3) von einem Beweisantrage der Parteien abhängig; aber den Thatsachen des Grundbuches wird vielfach der Vorzug der gerichtlichen Offenkundigkeit zukommen (§. 269).

Der Antrag, die Vorlegung einer für die Beweisführung erheblichen, in den Händen des Gegners befindlichen Urkunde anzuordnen (§. 303), kann während der mündlichen Verhandlung oder außerhalb dieser gestellt werden. Im ersten Falle wird sich das Gericht über die für den Editionsauftrag maßgebenden Umstände, namentlich darüber, ob der Gegner die Urkunde besitzt, außer durch mündliche Einvernehmung des Gegners (§. 303, Abs. 3) auch durch Einvernehmung anderer bei der Verhandlung *anwesender* Personen vergewissern können. Es darf keine förmliche Incidenzverhandlung werden, es würden Dritte nicht eigens zur Vernehmung geladen werden dürfen, aber anwesende, zu Mittheilungen bereite Auskunftspersonen, die sofort ohne Verzögerung und Kosten gehört werden können, kurz zu Bescheinigungszwecken zu befragen, wo die Vernehmung des Gegners noch einen Wunsch darnach übrig läßt, das wird sich verantworten lassen. Die Bedeutung der Vorschrift des §. 303, Abs. 3 liegt nicht so sehr in dem Ausschlusse anderer Aufklärungsmittel, als darin, daß ohne Gehör des Gegners über den in seine Rechtssphäre greifenden Antrag nicht entschieden werden darf. Ueber einen *außerhalb der mündlichen Verhandlung* gestellten Antrag wird der Gegner vor der nächsten mündlichen Verhandlung mündlich oder schriftlich vernommen werden können. Es wird aber unter Umständen diese Vernehmung in die nächste mündliche Verhandlung selbst verlegt werden dürfen. Die Vernehmung *vor der mündlichen Verhandlung* muß auf den Gegner beschränkt bleiben, für die Vernehmung *in der mündlichen Verhandlung* gilt das eben Gesagte. Die Wahl wird mit Rücksicht auf Stand und Gang des Verfahrens zu treffen sein, nach den für die Proceßleitung überhaupt maßgebenden Gesichtspunkten. Wo die abgesonderte Einvernehmung es ermöglichen dürfte, daß bei der nächsten mündlichen Verhandlung schon die Urkunde vorliegt, soll sie nicht unterlassen werden. Würde hingegen voraussichtlich trotz separater Einvernehmung die Urkunde zur nächsten mündlichen Verhandlung noch nicht herbeigeschafft werden können, oder ist es ziemlich sicher, daß die nächste mündliche Verhandlung zum Zwecke der Beweisführung ohnehin zu vertagen sein wird, so kann sich die

Vereinigung der Vernehmung mit der mündlichen Verhandlung eventuell mehr empfehlen.

Die Bestimmungen des §. 303 setzen eigentliche Beweisantretung in der mündlichen Verhandlung voraus. Die Entscheidung über den Antrag ist von der Bezeichnung eines bestimmten Beweisthemas und von der Ansicht des Gerichtes über dessen Erheblichkeit abhängig; beides ist ebenfalls durch mündliche Verhandlung bedingt. Etwas Anderes ist der in der Klage oder Klagebeantwortung gestellte Antrag, den Gegner aufzufordern, zur mündlichen Verhandlung gewisse zur Beweisführung nöthig scheinende Urkunden mitzubringen (§§. 229, Z. 1 und 243, Abs. 3). Er bezweckt Erlassung einer proceßleitenden Verfügung des Vorsitzenden oder Einzelrichters, die auf Grund des vorbereitenden Schriftsatzes allein getroffen wird, ohne genauere Kenntniß des Sachverhaltes und ohne den Gegner vorerst zu hören. Aus der Nichtbefolgung einer derartigen Aufforderung können daher auch nicht Folgerungen nach Art der im §. 307, Abs. 2 angegebenen abgeleitet werden.

Der Beweis durch Schriftenvergleichung (§. 314) unterliegt den allgemeinen Vorschriften über die Beweisaufnahme. Da sich aber Beweisaufnahme im technischen Sinne und Aufnahme, Entgegennahme des Beweises im psychologischen, geistigen Sinne bei der Schriftenvergleichung nicht von einander trennen lassen, gibt es hier eine eigentlich mittelbare Beweisaufnahme überhaupt nicht. Beweisurkunde und Vergleichungsschriften müssen beide immer dem erkennenden Gerichte vorliegen, das sich eben aus diesem Nebeneinander, durch die Vergleichung eine Ueberzeugung für oder gegen die Echtheit der Beweisurkunde zu bilden trachtet. Zur Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gehört jedoch nebst einem bestimmten Verhältnisse zwischen Gericht und Beweismittel auch die Betheiligung der Parteien. Da die Beweisaufnahme bei der Schriftenvergleichung sich als ein integrirender Vorgang der Urtheilsthätigkeit des Richters darstellt, so können die Parteien hier nicht im strengsten Sinne bei der Beweisaufnahme selbst anwesend sein. Es ist zweifellos richtig, die Schriftenvergleichung in nicht öffentlicher Sitzung bei der Urtheilsberathung vorzunehmen, aber

die Steigerung der Unmittelbarkeit nach der einen Seite (Beweisaufnahme) darf nicht materiell zur Verkürzung der anderen Seite der Unmittelbarkeit (Parteibetheiligung) führen. Es ist nur der Beweisaufnahmeact zeitlich etwas anders eingetheilt. Statt im Augenblicke der Beweisaufnahme werden den Parteien die Beweisurkunde und die Vergleichungsschriften früher, in der mündlichen Verhandlung vorzuweisen sein, mit der Aufforderung, sich darüber zu äußern. Die Parteien müssen ähnlich, wie bei Augenschein und Zeugenbeweis jedenfalls Gelegenheit erhalten, auf die ihrer Meinung nach erheblichen Punkte aufmerksam zu machen und unrichtigen gegnerischen Bemerkungen darüber entgegenzutreten. Das ist die Hauptsache für diese Seite der Unmittelbarkeit: die Voraussetzungen der Wahrheitsbeurtheilung müssen offen der beiderseitigen Kritik zugänglich sein, und diese Kritik selbst wieder, wenngleich vorzeitig, vor dem erkennenden Gericht ausgeübt werden. Sonst ändert sich das Proceßgefüge nicht. Das Gericht spricht sich daher über das Ergebniß der Schriftenvergleichung, wie über das Ergebniß jeder sonstigen Beweisprüfung erst in den Urtheilsgründen und nur darin aus. Es erfließt darüber keine besondere richterliche Erklärung.

5. Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Der Zeugen- und Sachverständigenbeweis gestattet keine Anticipation der Beweisaufnahme, wie sie das Verwenden der Urkunde bei der Sachverhaltserörterung ermöglicht.[1]) Mit der Befragung der Zeugen oder Sachverständigen darf erst nach Verkündung des Beweisbeschlusses begonnen werden. Abhörung ohne Beweisbeschluß wäre weder wahre Beweisaufnahme, noch dürfte die dabei abgelegte Aussage bei der Wahrheitsbeurtheilung beachtet werden (§. 272, Abs. 1).[2]) Eine so gewonnene Aussage wird niemals legaler Bestandtheil der Verhandlung. Dritte Personen haben außer in der Eigenschaft eines Zeugen oder Sachverständigen im Processe nichts zu sagen, diese Eigenschaft wird nur durch den Beweisbeschluß erworben.

[1]) S. oben S. 151 f.

[2]) Der Abhörung steht in Fällen mittelbarer Beweisaufnahme die Verwendung (Verlesung u. s. w.) der Beweisaufnahme-Acten gleich.

Die vorgeschriebene vorläufige Befragung des Zeugen, ob er eine für die Ermittlung des Sachverhaltes dienliche Aussage abzulegen vermag (§. 337, Abs. 1), soll nicht zu einer förmlichen ersten Vernehmung anwachsen. Noch verfehlter wäre die Vorschrift des §. 337, Abs. 1 angewendet, wenn, auf sie gestützt, zunächst der Zeuge blos „informativ" vernommen und dann erst, nach der unbeeideten Vernehmung über das Beweisthema, eigentlicher Beweisbeschluß gefaßt würde. Denn die vorläufige Befragung des Zeugen über die in §. 337, Abs. 1 bezeichneten Dinge hat dem Beweisbeschlusse *nachzufolgen*. Es kann auf Grund dieser Befragung nichts Anderes beschlossen werden, als auf die Abhörung des Zeugen zu verzichten oder dessen Beeidigung aufzuschieben. Daher soll diese Befragung nur klarstellen, ob zu einem dieser beiden Beschlüsse *offenbar* Anlaß vorhanden ist. Sie bezweckt nicht, alle nicht ergiebigen Beweisaufnahmen, sondern nur die von vorneherein ganz unzweifelhaft ergebnißlosen Zeugenvernehmungen fern zu halten. Mehr als eine allgemeine Orientirung darf sie demnach nie werden. Dann wird es sich von selbst verbieten, die Zeugenaussage etwa durch Beziehung auf die Mittheilungen bei der vorläufigen Befragung oder durch deren Bestätigung abzugeben. Die cumulative Beeidigung mehrerer Zeugen ist nicht rathsam. Denn schon nach Vernehmung des ersten Zeugen kann sich die Sache anders darstellen als früher, und das Gericht soll sich die Möglichkeit individueller Behandlung der einzelnen Zeugenaussagen nicht selbst verkümmern. Dagegen kann die vorläufige Befragung und Einvernehmung mehrerer Zeugen allerdings gemeinsam stattfinden, bevor mit der Vernehmung (und Beeidigung) der einzelnen Zeugen begonnen wird.

Die Folgen des Ausbleibens eines ordnungsmäßig geladenen Zeugen (§. 333) sind nach dem Gesetze schon beim *erstmaligen* Ausbleiben zu realisiren. Um dies aber thun zu können, muß der Zeuge vom Gericht selbst geladen sein. Ueberläßt es das Gericht der *Partei*, den Zeugen zur nächsten Tagsatzung mitzubringen, so ist es gegen das Ausbleiben des Zeugen wehrlos, abgesehen davon, daß damit der Partei das Schicksal der Tagsatzung in die Hand gelegt und auch die falsche und schädliche Vorstellung einer

Gruppirung der Zeugen nach Parteien bestärkt wird. Der Zeuge ist nicht Zeuge dieser oder der anderen Partei, die „ihre" Zeugen mitbringt, wie sie früher „ihren" Sachverständigen nominirt hat, sondern er ist Proceßzeuge. Die gerichtliche Ladung drückt diese öffentlich-rechtliche Function des Zeugen, daß er der Justiz dient und nicht einer bestimmten Partei, besser aus und ist auch aus diesem Gesichtspunkte jenem formlosen Vorgange vorzuziehen. In der Ladung des Zeugen ist stets der Gegenstand der Vernehmung kurz zu bezeichnen (§. 329, Abs. 2), weil sonst der Zeuge oft zum Nachtheile der mündlichen Verhandlung und der Wahrheitsermittlung erst bei der Verhandlung umständlich in die Verhältnisse eingeführt werden muß, über die das Gericht von ihm Aufschlüsse wünscht.

Für den Sachverständigenbeweis sollen nur dann, wenn es beherzigenswerthe sachliche Erwägungen heischen, zwei oder mehrere Sachverständige bestellt werden; sonst genügt nach dem Gesetze ein einziger Sachverständiger. Der Sachverständige ist aber — im Gegensatze zum früheren Processe — vom Gerichte zu bestellen (§. 351, Abs. 1). Den Parteien ist weder ein Ernennungs-, noch ein Vorschlagsrecht eingeräumt. Deshalb können sich auch die Parteien nicht auf eine bestimmte Person als Sachverständigen „einigen" und sie durch dieses Einverständniß dem Gerichte aufzwingen. Der Sachverständige ist bei der zu seiner Vernehmung anberaumten Tagsatzung, vor Beginn der Vernehmung zu beeiden, nicht etwa ausschließlich zur Ablegung dieses Eides besonders vor Gericht zu laden.

Nicht blos bei Zeugen- und Sachverständigenbeweisen, sondern in allen Ersuchen um Beweisaufnahme ist thunlichst im Ersuchschreiben gleich der Termin der nächsten mündlichen Verhandlung bekanntzugeben oder eine Frist für die Einsendung der Beweisaufnahme-Acten festzusetzen und die Einsendung der Acten bis zu jener Tagsatzung oder vor Ablauf dieser Frist zu begehren. Das successive Ersuchen verschiedener Gerichte um Beweisaufnahme (§. 141 der Geschäftsordnung) wird nur dort gerechtfertigt sein, wo bei der Vernehmung Urkunden, Augenscheinsgegenstände u. ä. vorzuweisen sind; sonst ruft es eine zu lange Verzögerung hervor.

In der Regel werden deshalb sämmtliche im einzelnen Falle nothwendigen Ersuchen (vgl. §. 278, Abs. 1) gleichzeitig abzufertigen sein. Bei Beweisaufnahmen im Auslande, bei Zweifeln an der Ausführbarkeit einer Beweisaufnahme oder wenn der Beweisaufnahme Hindernisse von ungewisser Dauer entgegenstehen, hat das Gericht auf Antrag im Beweisbeschlusse für die Beweisaufnahme eine bedingt präclusive Frist zu bestimmen (§. 279). Wird — allgemein gesprochen — die Ausführbarkeit der Beweisaufnahme erst später, nach Erlassung des Beweisbeschlusses zweifelhaft, so kann, wenigstens bei Zeugen- und Sachverständigenbeweis, der übermäßigen Verzögerung des Processes durch nachträgliche Festsetzung einer derartigen Frist begegnet werden (§§. 335, Abs. 1; 367). Wegen der nahen Berührung zwischen Sachverständigenbeweis und Augenschein wird sich wohl die Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Augenschein vertheidigen lassen. Diese nachträgliche Fristbestimmung steht dem erkennenden Gerichte zu; sie erfolgt außerhalb der mündlichen Verhandlung nach Anhörung des Gegners. Die Beweisaufnahmefrist — mag sie nun nach §. 279 oder nach §. 335 gegeben sein — kann insoferne erstreckt werden, als die Verhandlung nur auf Begehren einer der Parteien fortgesetzt wird. Dagegen wäre eine Verlängerung der Frist durch Gerichtsbeschluß, eventuell gegen den Willen des ursprünglichen Antragstellers, nicht statthaft.

6. **Bescheinigung.** Die Bescheinigung (§. 274) unterscheidet sich vom Beweise nach drei Richtungen:

a) betreffs der Bescheinigungsmittel. Das Beweismittel der Parteivernehmung ist für die Glaubhaftmachung nicht anwendbar;

b) betreffs der Frist für die Erbringung der Bescheinigung. Nur sofort ausführbare Beweisaufnahmen eignen sich zur Glaubhaftmachung;

c) betreffs der Form des Verfahrens. Die Bescheinigung unterliegt nicht den für das Beweisverfahren geltenden besonderen Vorschriften.

In der Praxis werden diese Unterschiede bisweilen übersehen oder doch nicht voll veranschlagt, was sich vorzugsweise in Wiedereinsetzungsfällen zeigt, dem Hauptgebiete der Bescheinigung

im Processe. Mittel der Glaubhaftmachung sind mit Ausnahme der Parteivernehmung[1]) nur die in der Civilproceßordnung zugelassenen Beweismittel, nicht alle Mittel, die irgendwie die richterliche Ueberzeugung beeinflussen können. Deswegen ist — im Gegensatze zum deutschen Proceßrechte — die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung kein Bescheinigungsmittel. Auch nicht die eidesstattliche Versicherung der Partei[2]) oder dritter Personen oder die ehrenwörtliche Versicherung, mag selbst letztere von einer Partei abgegeben werden, die nach dem Herkommen ihrer Berufs- oder Standesangehörigkeit gemäß gesteigerte Ehrpflichten hat. Aufmerksamkeit verdient es ferner, daß zum Zwecke der Glaubhaftmachung die Beweisaufnahme sofort muß erfolgen können. Aus der gleichlautenden Vorschrift der deutschen Civilproceßordnung hat das deutsche Reichsgericht[3]) gefolgert, daß z. B. eine erst einzuholende Auskunft einer Behörde zur Glaubhaftmachung nicht verwendbar ist, und daß Zeugen, mittels deren man etwas glaubhaft machen will, von der Partei zum Gerichte „gestellt" sein müssen oder doch deren Gestellung zu dem Termin für die mündliche Verhandlung angeboten sein muß. Wer bescheinigen will, kann ferner weder Urkundenedition, noch die Abhörung von Zeugen und Sachverständigen durch ersuchten Richter verlangen. Diese Entscheidungen sind auch für unser Proceßrecht ausnahmslos richtig. Dem Erforderniß paraten Beweises würde es sonach keineswegs entsprechen, in Wiedereinsetzungsfällen die mündliche Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag zu vertagen, um erst einen Zeugen zu laden, der zur Bescheinigung des Wiedereinsetzungsgrundes abgehört werden soll. Die Partei hat die von ihr angegebenen Bescheinigungsmittel (§. 149, Abs. 1) zur mündlichen Verhandlung mitzubringen oder durch Antragstellung vor der mündlichen Verhandlung zu sorgen, daß sie durch

---

[1]) Vgl. unten S. 184.

[2]) Die Novelle zur deutschen Civilproceßordnung hat die eidliche Versicherung der Partei beseitigt. Behufs Glaubhaftmachung kann jedoch mit gewissen Einschränkungen die Partei nach richterlichem Ermessen zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden (§. 294 der neuen Zählung).

[3]) Vgl. Wilmowski-Levy, Civilproceßordnung, 1895, I, S. 473f.

vorbereitende proceßleitende Verfügungen zu dieſer Verhandlung herbeigeſchafft werden. Aus demſelben Grunde könnte das Recursgericht nicht die Abweiſung des Wiedereinſetzungsantrages aufheben und dem Gerichte erſter Inſtanz auftragen, den Antragſteller zu verhalten, Zeugen zu benennen, die ſeine Anführungen glaubhaft zu machen vermögen. Das würde zu dem geſetzlichen Begriffe der Beſcheinigung ebenſo ſchlecht ſtimmen, als z. B. die Einleitung von Erhebungen durch Anfrageſchreiben an Unternehmungen, um die Einkommensverhältniſſe einer dort bedienſteten oder beſchäftigten Perſon zu beſcheinigen. Die Glaubhaftmachung darf nirgends mit dem Apparate des eigentlichen Beweisverfahrens arbeiten. Sie muß im Gegentheile mit mehr formloſer Leichtigkeit vor ſich gehen, wie ſie zum geringeren meritoriſchen Werthe des Incidenzpunktes paßt, der nach dem Geſetze auf Grund bloßer Glaubhaftmachung zu erledigen iſt.

VIII.

Die Vernehmung der Parteien.

In dem wissenschaftlichen Streite, wie der Parteieneid im Civilprocesse zu verwenden und zu gestalten sei, wird das Für und Wider seit Jahren mit Scharfsinn und Beredsamkeit erörtert, ohne daß bisher eine der sich bekämpfenden Ansichten das Uebergewicht, geschweige den Sieg zu erringen wußte. Die neueste österreichische und deutsche Proceßgesetzgebung haben an ihren alten, einander entgegengesetzten Positionen festgehalten. Und ebensowenig zeigt sich in der Juristenmeinung ein Wandel. Der Mehrzahl der Juristen im Deutschen Reiche scheint die Parteivernehmung mit freier Beweiswürdigung ebenso unannehmbar, wie den Meisten von uns die Rückkehr zum Haupteide oder zum formulirten Parteieneide mit gesetzlich statuirter Beweiskraft. Letzteres wohl gerade deshalb, weil bei uns die Parteivernehmung schon gilt. Es ergeht ihr damit ähnlich wie fast allen großen Verkehrsfortschritten: zuerst unwahrscheinlich und vom Gegenwärtigen so bizarr abgehoben, daß sie heftigen Widerspruch erwecken, werden sie, ausgeführt und vollendet, in kürzester Zeit selbstverständlich, unentbehrlich, Niemand begreift, wie es je anders gewesen sein könnte. Zum nicht geringen Theile ist die bei uns vorherrschende, der Parteivernehmung günstige Auffassung wohl auch dem meritorisch richtigen Gebrauche dieses Beweismittels zu danken, den sich die Praxis überall angelegen sein läßt. Namentlich ist es ihr schon in der kurzen Zeit seit Einführung der Civilproceßordnung gelungen, durch vorsichtige und äußerst sparsame Anordnung der eidlichen Aussage manche von den unerfreulichen Begleiterschei-

nungen der Parteivernehmung des früheren Bagatellverfahrens zu bannen oder abzuschwächen, aus welchen man stets die Haupteinwände gegen dieses Beweismittel entnahm. Es ist Verheißung einer guten Zukunft, wenn consequent darnach gestrebt wird, die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Behauptung sich womöglich zu bilden, ohne die letzte Energie und den letzten Zwang des Beweismittels der Parteivernehmung in Anspruch zu nehmen. Und man wird dieser Zukunft um so beruhigter entgegenschauen können, als die Abnahme der eidlichen Aussage nebst jener Tendenz der Praxis auch ihre objectiven, sachlichen Gründe zu haben scheint. Sie steht vermuthlich mit der Mitwirkung der Parteien an der mündlichen Streitverhandlung in einigem Zusammenhange. Das Bedürfniß nach Beeidigung der Partei mag deshalb durchschnittlich schwächer oder seltener sein, weil das Gericht infolge der Betheiligung der Parteien oft schon während der Sachverhaltserörterung die lehrreichsten Einblicke in die proceßerheblichen Beziehungen und Verhältnisse und manchen Aufschluß über Charakter und Glaubwürdigkeit der Parteien erhält. Die mündliche Streitverhandlung bereitet den Richter unter solchen Bedingungen für die Beweiswürdigung und Wahrheitsbeurtheilung systematisch vor, so daß dann schon die geringe mit der unbeeideten Vernehmung verbundene Steigerung der Verantwortlichkeit oft genügt, um seine Ueberzeugung nach der einen oder der anderen Richtung zu befestigen. Der Effect der persönlichen Betheiligung der Parteien an der Streitverhandlung verbreitet sich demnach in der That über alle Seiten des Processes. Es wird nicht ihr geringfügigster und am wenigsten segensreicher Erfolg sein, wenn durch sie auch die eidliche Aussage in den Hintergrund gerückt wird.

Das Formelle der Parteivernehmung, die geläufige Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Beweisaufnahme macht vergleichsweise fast mehr Mühe. Zum Theile wirkte die Verwandtschaft der Parteivernehmung mit der „Abhörung der Parteien als Zeugen" etwas verwirrend, wie sie im früheren Bagatellverfahren rechtens war. Es konnte leicht übersehen werden, daß diese Verwandtschaft sich nur auf den allgemeinen Cha-

rakter des Beweismittels bezieht, keineswegs auch auf dessen Detailregelung, hierin im Gegentheile die größten Verschiedenheiten bestehen. Zum Theile mag auch die Möglichkeit Einiges zur Verdunkelung beigetragen haben, die eidliche Vernehmung dem formulirten Haupteide ähnlich einzurichten. Eine Vorführung der Hauptgrundsätze des Beweismittels der Parteivernehmung wird daher besonders dann nicht nutzlos sein, wenn dabei zugleich die wichtigsten bis jetzt vorgekommenen casuistischen Fragen besprochen werden.

1. Subsidiarität. Die Vernehmung der Parteien ist ein subsidiäres Beweismittel, wie der einstige Haupteid. Sie darf nur dann angeordnet werden, wenn der Beweis einer Behauptung weder durch die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, noch durch die etwa von Amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen hergestellt ist (§. 371, Abs. 2). Wie man früher den Proceß nicht mit dem bedingten Endurtheile beginnen und diesem dann das Beiurtheil auf Zeugen- oder Sachverständigenbeweis folgen lassen konnte, so kann man heute die Parteivernehmung nicht anderen über dasselbe Vorbringen angebotenen oder vorhandenen, von Amtswegen verwendbaren Beweismitteln *vorausgehen* lassen. Die Parteivernehmung ist immer das Letzte: betreffs des bestimmten Beweissatzes darf ihr keine andere Beweisaufnahme mehr nachfolgen. Wie die Parteivernehmung verläuft, zu welchem Ergebniß sie führt, ist dabei ohne Belang. Nach unbeeideter Vernehmung beider Theile wird z. B. beschlossen, Kläger habe über den für seinen Anspruch wesentlichen Umstand eidlich auszusagen, ob der in der Klage angeführte Prämienschein vom Beklagten unterschrieben worden ist. Verweigert Kläger diese Aussage, so kann nur die Frage entstehen, ob nicht der *Gegner* nun zur eidlichen Aussage zuzulassen wäre. Es würde jedoch nicht angehen, in diesem Stadium als Ersatz der eidlichen Aussage auf Antrag oder von Amtswegen Beweis über die Urkundenechtheit durch Schriftenvergleichung anzuordnen. Bei Zulassung der Parteivernehmung mag man sich daher immer daran erinnern, daß dieser Beweisbeschluß formell ungefähr dem bedingten Endurtheil des alten Rechtes entspricht: das ist vielleicht eine heilsame Mahnung vor allzufrüher Zulassung dieses Beweises.

Vermöge der Subsidiarität ist es unzulässig, in einem Beweisbeschlusse über dieselbe Thatsache den Beweis auf Zeugen und den Beweis durch Parteivernehmung zuzulassen oder andere Beweiszulassungen in dieser Art mit der Parteivernehmung zu cumuliren. Ob letzterer Beweis zuzulassen ist, kann und darf stets erst nach Aufnahme der sonstigen, für dieselbe Behauptung vorhandenen Beweise und mit Rücksicht auf das Ergebniß ihrer Aufnahme entschieden werden. Ist der Beweis z. B. durch die Zeugenvernehmung hergestellt, so darf Parteivernehmung nicht mehr stattfinden. Daher kann nicht zugleich mit der Zulassung von Zeugen, die durch einen ersuchten Richter abzuhören sind, die Parteivernehmung, die für dieselbe Anführung angeboten wurde, mit der Begründung zurückgewiesen werden, daß die zugelassenen Zeugenbeweise eine vollständige Aufklärung des Sachverhaltes erwarten lassen. Eine solche Erklärung setzt den Abschluß des Zeugenbeweises und eine Würdigung seines Resultates voraus. Die Subsidiarität der Parteivernehmung schneidet demnach auch die Regel, daß die Beweiszulassungen bei allen mittelbaren Beweisaufnahmen möglichst in einem Beweisbeschlusse erfolgen sollen (§. 278, Abs. 1). In dem einen Beweisbeschlusse können was immer für Beweiszulassungen vereinigt werden, nur nicht Parteivernehmung über ein Thema, worüber im selben Beschlusse zugleich ein anderer Beweis zugelassen wird. Wo eine derartige Concurrenz von Beweismitteln gegeben ist, erfordert die Parteivernehmung, falls sie zur Urtheilsfällung nöthig wird, immer einen eigenen Beweisbeschluß. Aus dem nämlichen Grunde schränkt sich, wenn Beweis durch Parteivernehmung beantragt ist, auch die Anwendbarkeit der Vorschrift des §. 193, Abs. 3 (anticipirter Schluß der Verhandlung) ein. Diese Norm käme hier nur in Frage, wenn ein Ersuchen um eidliche Vernehmung einer Partei ergeht. Endlich ist es infolge der gesetzlichen Subsidiarität ausgeschlossen, daß Parteivernehmung vom Gerichte spontan oder auf Antrag der Parteien zugelassen wird, um die vielleicht kostspielige Aufnahme zu Gebote stehender Zeugenbeweise zu ersparen.

Ein nicht subsidiäres Beweismittel ist die Parteivernehmung nur, soferne sie zum Zwecke richterlicher Festsetzung eines For-

derungs-, Schadens- oder Intereſſebetrages benützt wird (§. 273), und als eidliche Abhörung einer zur Urkundenedition verpflichteten Partei (§. 307, Abſ. 1).

2. **Parteivorträge und Parteivernehmung.** Die Parteivernehmung als Beweismittel iſt grundverſchieden von den thatſächlichen Anführungen in den Parteivorträgen (§. 177, Abſ. 1), von der Befragung oder Anhörung der Parteien bei der contradictoriſchen Sachverhaltserörterung und insbeſondere auch von der Parteierklärung über thatſächliche Umſtände infolge Befragung durch den Vorſitzenden (Einzelrichter) oder durch den Gegner (§§. 182 und 184). Das gegenſeitige Verhältniß der beiden Arten von Parteierklärungen iſt nicht unähnlich dem Dualismus der Urkundenverwendung im Proceſſe; es werden daher wenige Andeutungen hinreichen. In den zuletzt angegebenen Fällen dient die Befragung und Aeußerung der Partei der Sachverhaltsermittlung, der Sachverhaltserörterung oder Aufklärung, ſie bezweckt nicht Beweis. Es iſt immerhin denkbar, daß ſolche Parteierklärungen bei der richterlichen Wahrheitsbeurtheilung nachtönen; vielleicht hält das Gericht infolge ihrer Manches überhaupt gar nicht für beweisbedürftig. Aber etwas ganz Anderes, als dieſes indirecte Gefangennehmen der richterlichen Ueberzeugung iſt die eigentliche Beweisführung, die Vernehmung direct zu Beweiszwecken. Denn bei dieſer findet die Vernehmung nicht — wie in den obigen Fällen — ſtatt, um zu erfahren, wie ſich die Sache nach Anſicht der Partei zugetragen hat, um den Sachverhalt erſt kennen zu lernen, ſondern um die Wahrheit der einzelnen beſtrittenen, erheblichen, thatſächlichen Behauptung feſtzuſtellen. Die beiden Arten von Vernehmungen und Parteimittheilungen ſcheidet äußerlich von einander der Beweisbeſchluß. Da im Beweisbeſchluſſe die zum Beweiſe verſtellten ſtreitigen und beweisbedürftigen Thatſachen beſtimmt zu bezeichnen ſind, ſo ſchützt er zugleich vor Verwechslung der Parteivernehmung als Beweismittel und der Vernehmung der perſönlich anweſenden Partei, die ſozuſagen im Inſtructionsſtadium, zur Information über den Sachverhalt geſchieht. Letztere iſt keine Vernehmung zu Beweiszwecken; nur die Vernehmung zu Beweiszwecken aber erheiſcht Beweis-

beschluß. Ohne Beweisbeschluß wird die Aussage einer Partei keinen höheren Werth besitzen, wie Parteierklärungen während der Sachverhaltserörterung. Wenn diese den Richter von der Wahrheit eines Umstandes nicht überzeugten, so bringt ihn die Parteivernehmung ohne Beweisbeschluß dem Proceßziele auch nicht näher. Nach dem dargelegten Gegensatze ist ein Beweisbeschluß auf „informative" Vernehmung der Parteien nach §§. 182 oder 184 ein innerer Widerspruch. Auch kann die Verhandlung nicht mit einem Beweisbeschlusse auf unbeeidete Vernehmung der Parteien beginnen, da doch in diesem Augenblicke ein Beweisthema noch ganz unbekannt ist. In dem Beschlusse des Vorsitzenden, die Parteien zur Sachverhaltsermittlung einzuvernehmen (§§. 182 oder 184), sind — anders als im Beweisbeschlusse — die Thatsachen, worüber die Parteien befragt werden sollen, nicht anzugeben.

Sowohl gegen die Beweisnatur der Parteivernehmung, wie gegen ihre Subsidiarität würde es verstoßen, wenn sie in der Absicht angeordnet werden möchte, um mittels Aufklärung des Sachverhaltes die Grundlage für weitere Beweiszulassungen zu gewinnen; also um z. B. auf diese Art die an einem proceßerheblichen Vorfalle betheiligten Personen kennen zu lernen, die dann erst als Zeugen im Processe vernommen werden sollen. Oder Anordnung der unbeeideten Vernehmung einer Partei über die Frage, ob ihre Vernehmung und Beeidigung überhaupt zulässig ist. Damit würde die unbeeidete Vernehmung zu einer Art vorläufiger Befragung herabgedrückt, wie sie bei Aufnahme des Zeugenbeweises vorkommt.

3. **Beweisaufnahme.** Die Beweisführung durch Parteivernehmung, d. h. die dem Beweisbeschlusse nachfolgende effective Beweisaufnahme zerfällt in zwei von einander in wesentlichen Punkten verschiedene Abschnitte: die unbeeidete Vernehmung (§. 376) und die beeidete Vernehmung (§. 377). Die unbeeidete Vernehmung geht der beeideten Vernehmung nicht nur zeitlich voran, sondern sie ist auch sachlich eine Vorstufe und Voraussetzung der eidlichen Vernehmung. Nicht jeder Beweis durch Parteivernehmung muß beide Abschnitte durchlaufen; er kann schon mit der unbeeideten Vernehmung seinen Abschluß finden. Aber die

beeidete Vernehmung ist nicht anders zu erreichen, als durch frühere unbeeidete Vernehmung infolge Beweisbeschlusses. Mit anderen Worten, es darf bei diesem Beweise wohl das Stadium der beeideten, aber nicht das der unbeeideten Vernehmung fehlen. Die unbeeidete Vernehmung ist, wenn Beweis durch Parteivernehmung geführt werden soll, obligatorisch, die beeidete Vernehmung facultativ. Die andere wichtige Verschiedenheit ist: die unbeeidete Vernehmung ist regelmäßig eine beiderseitige (§. 376, Abs. 2), die beeidete ist in Bezug auf dieselbe Thatsache auf eine der Parteien beschränkt (§. 377, Abs. 2). Die Beweisaufnahme verläuft daher chronologisch so, daß nach Erlassung des Beweisbeschlusses auf Parteivernehmung über ein bestimmtes Beweisthema zuerst regelmäßig beide Parteien unbeeidet zu vernehmen oder wenigstens zu solcher Vernehmung zu laden sind. Nur aus ernsten, gewichtigen Gründen könnte diese doppelseitige Beleuchtung des Beweisthemas unterbleiben, durch welche die Basis für die eidliche Vernehmung rationell vorbereitet werden soll. Solche Gründe wären z. B., daß die Abhörung einer Partei wegen vorliegender Ausschließungsgründe (§. 372) unstatthaft und Beweis durch Parteivernehmung trotzdem nothwendig ist (§. 374), oder daß die eine Partei (Abwesender, Verlassenschaftsmasse) durch einen Curator repräsentirt ist, der von dem Streitverhältnisse nicht das Geringste weiß. Die Erklärung einer Partei hingegen, von den zu beweisenden Thatsachen nichts zu wissen, wird von sehr überzeugenden Umständen begleitet sein müssen, um den Verzicht auf die beiderseitige Vernehmung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dabei wird überdies das Gericht vorher zu erwägen haben, ob nicht wegen dieser Erklärung das Beweismittel der Parteivernehmung überhaupt zu entfallen hat (§. 374). Wo es sich um Umstände handelt, die beiden Theilen bekannt sind, z. B. um den Inhalt eines von ihnen mündlich abgeschlossenen Vertrages, wird die Vernehmung beider Parteien unerläßlich sein.

Ladung der Parteien zur Vernehmung findet statt, wenn die Parteien bei der mündlichen Verhandlung nicht anwesend sind. Und zwar sind die Parteien zur unbeeideten Vernehmung mit Beziehung auf den Beweisbeschluß, unter Mittheilung des Beweis-

themas zu laden (§. 375, Abs. 2). Das ist wichtig, sofern etwa die Parteien zunächst nur mittels proceßleitender Verfügung (§. 183, Z. 1) zum persönlichen Erscheinen bei der mündlichen Verhandlung aufgefordert wurden. Ist dann blos eine von ihnen der Aufforderung gefolgt, so dürfte nicht Beweisbeschluß auf unbeeidete Vernehmung nur dieser Partei gefaßt und sie allein sofort zu Beweiszwecken vernommen werden. Es müßten vielmehr nach verkündetem Beweisbeschlusse neuerlich beide Parteien zur unbeeideten Vernehmung im Sinne der Vorschrift des §. 375 geladen werden. Falls eine der Parteien trotz gehöriger Ladung nicht erscheint, muß keineswegs das Verfahren durch die — vielleicht vergeblichen — Bemühungen weiter verzögert werden, jene Partei vor Gericht zu ziehen: der Richter kann sich nunmehr mit der unbeeideten Vernehmung der erschienenen Partei begnügen.

Die Erklärungen der Parteien während der Sachverhaltserörterung lassen sich nicht mit der Urkundenverlesung im gleichen Stadium[1]) in Parallele bringen. Die Parteien sind auf Grund des Beweisbeschlusses unbeeidet über das Beweisthema zu vernehmen; die Vernehmung könnte nicht durch Beziehung auf die Parteivorträge oder einzelne ihrer Theile ersetzt werden.

Das Ergebniß der unbeeideten Vernehmung hat das Gericht daraufhin zu prüfen, ob es ihm die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweissatzes verschafft. Wenn ja, ist der Beweis über diesen Beweissatz zu Ende. Verneinendenfalls hat das Gericht nun in einem neuen zweiten Beweisbeschlusse diejenige unbeeidet befragte Partei zu bezeichnen, welche, und die Thatsache, worüber sie eidlich vernommen werden soll. Der erste und zweite Abschnitt differiren, abgesehen vom Eide:

a) betreffs der Person, die als Beweismittel verwendet wird; im ersten Abschnitte sind es zwei oder mehrere, im zweiten Abschnitte dagegen wird immer nur eine von ihnen vernommen;

b) betreffs des Beweissatzes. Der Beweissatz des zweiten Beweisbeschlusses muß keineswegs immer mit dem des ersten gleichlauten. Was das Gericht schon durch die unbeeidete Ver-

---

[1]) S. oben S. 152.

nehmung für erwiesen erachtet, fällt weg, und das in beiden Beschlüssen Identische kann eine verschiedene Formulirung erhalten. Der Beweisbeschluß kann aus der unbeeideten Aussage einzelne Behauptungen hervorheben, die unter Eid zu wiederholen sind, und bestimmen, in welcher Fassung die eidliche Aussage über einzelne Umstände abzulegen ist (§. 377, Abs. 2). Der zweite Beweisbeschluß kann somit auch nur einen Theil der im ersten Beweisbeschlusse zu Beweis verstellten Thatsachen enthalten, aber nie andere und nie mehr, nie solche Thatsachen, die im ersten Beweisbeschlusse nicht angegeben waren. Weil das Gericht die eidliche Vernehmung durchaus nach der jeweiligen Art seines Fürwahrhaltens oder Zweifelns einrichten soll, kann unmöglich daran gedacht werden, die Parteien, ähnlich wie beim zugeschobenen Haupteide, einverständlich bestimmen zu lassen, welche von ihnen zu vernehmen und zu beeiden sei. Auch ist ausgeschlossen, sie nach ihrer unbeeideten Vernehmung zu befragen, welche von ihnen ihre unbeeidete Aussage eidlich bekräftigen wolle, um darnach den zweiten Beweisbeschluß zu fassen. Ueber die Gründe, warum das Gericht eine bestimmte Partei zur eidlichen Vernehmung zugelassen hat, ist in der Begründung des Urtheiles zu sprechen (§. 272, Abs. 3).

Wie die Ladung zur unbeeideten Vernehmung, muß die Ladung zur eidlichen Aussage mit Beziehung auf den zweiten Beweisbeschluß, unter Mittheilung der Thatsachen ergehen, über welche eidliche Aussage verlangt wird. Diese Ladung ist natürlich gleichfalls nur von nöthen, wenn die zu vernehmende Partei bei der Tagsatzung, in welcher der zweite Beweisbeschluß gefaßt wird, nicht anwesend ist. Wurden die Thatsachen, über welche die Partei eidlich vernommen werden soll, ihr schon bei der Ladung zur unbeeideten Vernehmung mitgetheilt und ist das Beweisthema der beeideten und unbeeideten Vernehmung gleich, so kann bei der zweiten Ladung die Angabe der fraglichen Thatsachen durch Hinweis auf die gelegentlich der ersten Ladung erfolgte Mittheilung ersetzt werden. Die richtige Ladung ist auch eine der vielen Folgen einer correcten Bezeichnung des Beweisthemas im Beweisbeschlusse. Denn mit einem darin unvollkommenen Beweis-

beschlusse stellt sich leicht der weitere Fehler ein, daß man der Partei die Thatsachen, worüber sie vernommen werden soll, auch in der Ladung nicht bekanntgibt, während umgekehrt eine richtige Fassung des Beweisbeschlusses die Befolgung der Vorschrift des §. 375, Abs. 2 zum einfachsten Dinge macht.

So sehr die gerichtliche Redigirung der abzulegenden eidlichen Aussage (§. 377, Abs. 2) diese einem vom Gerichte „sententionirten" Eide alten Rechtes äußerlich ähnlich machen mag, bestehen doch zwischen beiden wichtige Unterschiede. Sowohl betreffs der Beweiskraft, wie betreffs der Art des Eides. Die Partei schwört nämlich auch in diesem Falle keinen eigentlichen Parteieid, sondern ihr Eid ist, wie sonst bei der Parteivernehmung, ein promissorischer Eid, gleich dem, den Zeugen abzulegen haben.

Das System der Parteivernehmung ist hienach weder ungewöhnlich zart gewebt, noch undurchsichtig. Es mag im einzelnen Falle mitunter die Entscheidung schwer sein, ob noch eidliche Vernehmung verlangt werden soll und von welcher der Parteien. Denn das Gesetz gibt keine Directive zur Regelung der Beweislast. Außerdem können sich die unbeeideten Aussagen gelegentlich so sehr das Gleichgewicht halten, daß die Zulassung der einen Partei zur eidlichen Vernehmung, da sie zugleich eine halbe Entscheidung über die Glaubwürdigkeit der beiden Aussagen enthält, der späteren Wahrheitsbeurtheilung schon theilweise präjudicirt. Diese in der freien Beweiswürdigung gelegenen Schwierigkeiten des materiellen Beweisrechtes entschuldigen aber keineswegs Verstöße gegen die Formen der Beweisführung durch Parteivernehmung. Der geschilderten klaren Abfolge der Beweisaufnahmeacte würde es zuwider sein, wenn ohne das Vorstadium der unbeeideten Vernehmung sogleich die eidliche Vernehmung einer der Parteien oder wenn neben der unbeeideten Vernehmung beider Parteien im selben Beschlusse die beeidete Vernehmung einer von ihnen angeordnet werden wollte. Unrichtig wäre es auch, wofern nicht etwa die Norm des §. 372 dazu verpflichtet, bei Anwesenheit beider Parteien nur die eine unbeeidet zu befragen und sodann zu beeiden. An der „eidlichen Aussage" würde es fehlen, wenn die unbeeidet vernommene Partei zwar beeidet, aber dann

gar nicht mehr vernommen würde, so daß sie gewissermaßen nur ihre unbeeidet abgelegte Aussage nachträglich unter Eid stellt. Endlich dürfen nicht einzelne entfernte, nur scenische Gleichheiten zwischen Parteivernehmung und Zeugenbeweis dazu verleiten, auf Vernehmung einer der Parteien etwa so zu erkennen, wie man einen Beweisbeschluß auf Zeugenvernehmung faßt, oder die Vernehmung der Parteien wie einen Zeugenbeweis durchzuführen. Schon der Ausdruck „zeugeneidliche Vernehmung" oder „Vernehmung der Partei als Zeuge" ist irreführend und wurde daher im Gesetze verworfen. Man beugt falschen Folgerungen vor, wenn man sich dieser falschen Bezeichnungen nicht bedient.

Der Satz, daß über die beeidete Vernehmung erst nach vollendeter unbeeideter Vernehmung und unter Würdigung des Ergebnisses der letzteren zu entscheiden ist, gilt ohne Rücksicht auf die Form der Vernehmung: bei der unmittelbaren Beweisaufnahme ebenso gut, wie bei der Vernehmung durch einen ersuchten Richter. Es dürfte daher nicht bei mittelbarer Beweisaufnahme auf Grund des ersten Beweisbeschlusses sogleich um eidliche Vernehmung einer Partei ersucht werden, obschon zuzugeben ist, daß ein solches Vorgehen die Beweisaufnahme wesentlich abkürzen und die Proceßerledigung beschleunigen möchte. Das Gesetz will deshalb von der Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter überhaupt nur als von einer seltenen Ausnahme wissen (§. 375, Abs. 2). Vereinzelt kann die Sache allerdings so zwingend liegen, daß von vornherein feststeht, nur die abwesende Partei werde über einen Umstand (z. B. Echtheit eines Acceptes) aussagen können, und nach allen Verhältnissen könne von ihr nur unter Eid eine verläßliche Aussage erwartet werden. Wenn so aller Voraussicht nach die separate Entscheidung über die beeidete Vernehmung wirklich nichts als eine Formsache wäre, wird im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens — dem Zweckmäßigkeitsgedanken entsprechend — bei Ersuchen um Parteivernehmung ausnahmsweise unbeeidete und beeidete Vernehmung zugleich erbeten werden können. Die Entscheidung über die Beeidigung kann jedoch nie dem ersuchten Richter überlassen werden. Sie ist ein natürliches Monopol des erkennenden Gerichtes, von

der ganzen übrigen Wahrheitsbeurtheilung und meritorischen Würdigung der Verhandlungsergebnisse nicht zu trennen.

4. Wer vernommen werden kann. Nur Parteien und die im Gesetze (§. 373) aufgezählten Vertreter und Repräsentanten der Streitparteien dürfen vernommen werden. Der Nebenintervenient kann Partei werden, indem er mit Einwilligung beider Streittheile an Stelle der Hauptpartei in den Rechtsstreit als Partei eintritt (§. 19, Abs. 2): als Nebenintervenient jedoch ist er nicht Partei und ist daher nur als Zeuge, nicht als Partei zu vernehmen. Deswegen kann Beweis durch Parteivernehmung auch nicht geführt werden durch Vernehmung der unehelichen Mutter im Alimentationsprocesse des Kindes, außer wenn und soweit die uneheliche Mutter gleichzeitig wegen Alimentenersatz für sich als Klägerin auftritt und selbst Streitpartei ist. Bei Betheiligung von Streitgenossen kann — den Fall einer nothwendigen Streitgenossenschaft (§. 14) ausgenommen — jeder einzelne Streitgenosse nur in seiner Rechtssache als Partei vernommen werden. Ebenso der Nebenintervenient, wo ihm vermöge Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder aus anderen Gründen kraft Gesetzes die Stellung eines Streitgenossen zukommt (§. 20). Ueber Thatsachen, die lediglich die Rechtssache der übrigen Streitgenossen berühren und sich von dem für seinen eigenen Proceß erheblichen Sachverhalt trennen lassen, darf der Streitgenosse (bei nicht nothwendiger Streitgenossenschaft) zwar nicht als Partei, wohl aber als Zeuge vernommen werden. Einen Streitgenossen, der kraft Urtheiles aus dem Processe geschieden ist (z. B. durch Contumacirung oder Anerkenntnißurtheil unter Fortsetzung des Processes gegen die anderen Streitgenossen), dürfen seine früheren Streitgenossen um so unbedenklicher als Zeugen führen, da er infolge jenes Urtheiles aufgehört hat, Streitgenosse zu sein. Zur Parteivernehmung wäre er dagegen nach dem Ausscheiden nicht mehr zuzulassen. Beweisführung durch Parteivernehmung ist ferner nicht möglich durch Vernehmung des Proceßbevollmächtigten oder eines sonstigen gewillkürten Vertreters einer Partei, desgleichen nicht durch Vernehmung der Ehefrau, die in Bagatellsachen ohne Vollmacht für ihren Gatten erscheint. Der Procurist

ist nicht gesetzlicher, sondern frei gewählter Vertreter der Firma; er darf infolge dessen ebenfalls nicht in Bezug auf die Parteivernehmung als Partei behandelt werden. Wenn im Processe einer Concursmasse der Massenverwalter oder Cridatar als Zeuge vernommen wurde, ist es ausgeschlossen, sodann dieselbe Person nochmals als Partei (§. 373, Abs. 2) zu vernehmen: es muß in einem solchen Falle schon im Voraus erwogen werden, auf welchem der beiden Wege man am besten die Wahrheit erfahren dürfte.

5. **Cohärenz der unbeeideten und beeideten Aussage.** Der Beweis durch Parteivernehmung besteht aus der unbeeideten und der beeideten Vernehmung. Diese beiden Acte sind aber nicht jeder für sich ein selbstständiges Beweismittel, sondern nur in ihrer — wirklichen oder hypothetischen — Verbindung stellen sie das gesetzliche Beweismittel der Parteivernehmung dar. Die Beweiskraft der unbeeideten Vernehmung beruht hauptsächlich darauf, daß die Partei ihre Aussage unter Eid abzugeben, eidlich zu erhärten, veranlaßt werden kann: das ist das Einzige, wodurch sie sich subjectiv von einer thatsächlichen Anführung während der Sachverhaltserörterung unterscheidet. Denn an und für sich begründet sie weder eine religiöse, noch eine strafrechtliche Verantwortung. Was ihr, vom Inhalte abgesehen, eine höhere Ueberzeugungskraft geben kann, ist nur der Druck und die ernstere Gewissenspflicht, die aus der Eventualität einer eidlichen Aussage entspringen. Auf der anderen Seite ist aber auch für die Beweiswirkung der beeideten Aussage nicht irrelevant, daß und wie die Parteien früher, bei der unbeeideten Vernehmung sich über dieselben Dinge geäußert haben. Begreiflich, denn die eidliche Aussage schafft jetzt nicht mehr formale Wahrheit. Für die Beurtheilung der Richtigkeit und Wahrhaftigkeit der Aussage ist neben dem Notorischen Alles Prämisse, was das Gericht aus der Verhandlung erfährt. Je spärlicher nun im Einzelnen die Ueberzeugungsgründe für die (objective) Richtigkeit der eidlichen Aussage sind, desto mehr muß sich das Gericht auf die (subjective) Wahrhaftigkeit stützen und versuchen, auch aus der ohne Eid abgegebenen Aussage und dem inhaltlichen Verhältnisse der jetzigen und der früheren Aussage zu entnehmen, in welchem Grade Wahrhaftigkeit

und Wahrheitsliebe einer Partei eigen ist. Die Bedeutung des virtuellen Zusammenhanges der beiden Theile anerkennt die Civilproceßordnung in doppelter Art. Positiv durch die Forderung, die Parteien vor der unbeeideten Vernehmung stets aufmerksam zu machen, „daß sie unter Umständen verhalten werden können, über ihre Aussagen einen Eid abzulegen" (§. 376, Abs. 2). Und indirect mit der Bestimmung, daß Personen, die nach dem Gesetze nicht beeidet werden dürfen (§. 336, Abs. 1), zum Zwecke der Beweisführung überhaupt nicht abgehört werden können (§. 372), auch nicht unbeeidet. Daraus ergeben sich mehrere Folgerungen.

a) Die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die Umstände, die für eine richterliche Schadens- oder Interesseliquidirung u. s. w. maßgebend sind (§. 273), ist keine aparte Art der Wahrheitsermittlung, sondern die gewöhnliche Beweisführung durch Parteivernehmung. Der eidlichen Vernehmung einer der Parteien (§. 377, Abs. 2) muß demnach auch hier die unbeeidete Vernehmung beider Parteien vorausgehen. In gleicher Weise sind für die eidliche Abhörung einer Partei im Editionsverfahren (§. 307, Abs. 1) die Formen und Stadien der Parteivernehmung verbindlich (§. 382, Abs. 2).

b) Wo das Gesetz — aus anderen als in der Person des zu Vernehmenden gelegenen Gründen — die eidliche Vernehmung verbietet, ist ungeachtet dieses einschränkenden Ausdruckes nicht blos die eidliche Vernehmung, sondern wegen der Zusammengehörigkeit und des wechselweisen Bedingungsverhältnisses der beiden Theile die Parteivernehmung überhaupt ausgeschlossen. So bei der Bescheinigung (§. 274, Abs. 1). So wenig als die eidliche, läßt sich die unbeeidete Parteivernehmung in Wiedereinsetzungsfällen zum Glaubhaftmachen der für das Wiedereinsetzungsbegehren angeführten Umstände verwenden. Die unbeeidete Vernehmung kann eben nach der Civilproceßordnung nie isolirt, sondern immer nur als thatsächliche oder wenigstens wahrscheinliche Vorbereitung der eidlichen Vernehmung in Frage kommen.

c) Mit der eidlichen Vernehmung einer Partei consumirt sich das Beweismittel der Parteivernehmung in Ansehung der Thatsache, die das Beweisthema bildet. Ist dieser Gipfel einmal er-

reicht, so gibt es kein Zurückgreifen auf frühere Stadien mehr. Und auch der Gedanke, einander widersprechende Eide zu vermeiden — das maßgebendste Motiv für die Beschränkung der eidlichen Aussage auf je eine Partei — greift nothwendig über die einzelne Instanz hinaus: daß solche Eide in verschiedenen Instanzen geschworen werden, möchte das Mißliche und Bedrückende dieser Erscheinung keineswegs verringern. Die Partei, die in erster Instanz eidlich abgehört wurde, darf daher nicht im Berufungsverfahren über dieselbe Thatsache neuerlich unbeeidet abgehört werden. Die Befugniß des Senates, eine in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme zu wiederholen (§. 488, Abs. 1), kann solchenfalls nur zur nochmaligen eidlichen Vernehmung der Partei führen. Mit der einmal angerufenen stärkeren, schärferen Sanction vermag die schwächere Sanction nicht zu concurriren. Ist die Partei für ihre unbeeidete Aussage strafrechtlich nicht haftbar, so würde ihr die unbeeidete Vernehmung in zweiter Instanz überdies zu seltsamen Correcturen ihrer Verantwortlichkeit für die eidliche Aussage erster Instanz Gelegenheit und Mittel geben.

d) Ueber eine Thatsache, die den Gegenstand der eidlichen Vernehmung in erster Instanz bildete, darf der Gegner der eidlich vernommenen Partei im Berufungsverfahren weder eidlich (§. 489, Abs. 1), noch unbeeidet vernommen werden.[1]) Sei er nun bei der Verhandlung in erster Instanz an- oder abwesend gewesen und, wenn anwesend, über die fragliche Thatsache überhaupt nicht oder unbeeidet vernommen worden. Die Gefahr für den Eid ist in zweiter Instanz drohender, als im erstrichterlichen Verfahren, weil die Versuchung größer wäre, den Zweifeln des Berufungsgerichtes durch eidliche Ableugnung des vom Gegner in erster Instanz eidlich behaupteten Umstandes entgegenzukommen. Sobald einmal durch das erstrichterliche Urtheil der Werth der verschiedenen Beweissätze einigermaßen classirt ist, heißt es daher, mit dem Beweismittel der Parteivernehmung doppelt und dreifach haushälterisch sein. Das will das Gesetz

[1]) Vgl. den Ausschußbericht des Abgeordnetenhauses zu §. 510 in den Materialien I, S. 799.

mit der Vorschrift des §. 489, Abs. 1 erzielen. Aus der Parteivernehmung soll kein Reinigungseid werden, mittels dessen sich der Gegner von der Verurtheilung sozusagen losschwört. Die eidliche Aussage einer Partei, welcher der erste Richter geglaubt hat, auf Grund unbeeideter Vernehmung des Gegners in zweiter Instanz für unwahr zu erklären, ließe sich noch weniger vertheidigen. Das Berufungsgericht braucht derlei Mittel auch nicht. Die Möglichkeit, die eidlich vernommene Partei nochmals zu vernehmen, wird genug Materiale zur Kritik der abgelegten Aussage geben, fast immer den Weg zur Wahrheit eröffnen und das Berufungsgericht befähigen, die Entscheidung nach seiner Ueberzeugung zu fällen. Eventuell wird die wiederholte Vernehmung der in erster Instanz eidlich abgehörten Partei durch Zuziehung des Gegners, der in erster Instanz bei der Vernehmung nicht intervenirte, und durch dessen Betheiligung an der Fragestellung eindringlicher gemacht und dadurch die Kraft der Wahrheitsermittlung gesteigert werden können.

Alle diese Folgerungen lehren neuerdings, wie wichtig es ist:

1. das Beweisthema der Parteivernehmung im Beweisbeschlusse, und zwar namentlich dann aufs Genaueste zu bezeichnen, wenn beide Parteien über verschiedene Thatsachen unbeeidet oder eidlich vernommen werden sollen, und

2. durch richtige und genaue Beurkundung der Aussagen im Protokolle der ersten Instanz jedem Zweifel darüber zuvorzukommen, was Gegenstand der eidlichen Aussage jeder Partei war.

Die Verweigerung der eidlichen Aussage in erster Instanz schließt von der eidlichen Vernehmung im Berufungsverfahren aus, wenn nicht die Gründe der Weigerung berechtigte waren und seither weggefallen sind (§. 489, Abs. 3). Das Berufungsgericht könnte sonach beispielsweise nicht die eidliche Vernehmung einer Partei anordnen, die im Verfahren erster Instanz die eidliche Aussage deswegen verweigerte, weil sie grundsätzlich in eigener Sache niemals schwöre, und bei dieser Auffassung auch im Berufungsverfahren beharrt.

6. **Parteivernehmung in einem nichtigen Verfahren.** Welche Bedeutung hat das Verbot, beide Parteien über dieselbe That-

sache eidlich zu vernehmen, wenn das Verfahren erster Instanz vom Berufungsgerichte als nichtig aufgehoben wird und nun weitere Verhandlung nöthig ist (§§. 477 ff.)? Ob letztere vor dem Proceßgerichte erster Instanz, vor einem anderen Gerichte erster Instanz (§. 478, Abs. 3) oder vor dem Berufungsgerichte (§. 478, Abs. 4) stattfindet, wird selbstverständlich gleichgiltig sein. Bleibt aber der Umstand, daß im nichtigen Verfahren die bestimmte Partei eidlich vernommen wurde, trotz Aufhebung dieses Verfahrens fortgesetzt beachtlich, so daß der Gegner auch in dem erneuerten Verfahren über diese Thatsache nicht eidlich vernommen werden darf? Wenn der Nichtigkeitsgrund die Parteivernehmung selbst betrifft, ist die Verneinung unzweifelhaft. Das Verfahren wurde z. B. aufgehoben wegen des Mangels des richtigen gesetzlichen Vertreters (§. 477, Z. 5), und der vermeintliche gesetzliche Vertreter war eidlich vernommen worden (§. 373, Abs. 1). Oder die eidlich vernommene Partei steht unter Curatel, führte aber trotz ihrer Proceßunfähigkeit den Rechtsstreit ohne ihren gesetzlichen Vertreter, oder die Aufhebung gründet sich auf den ungerechtfertigten Ausschluß der Oeffentlichkeit bei der Parteivernehmung (§. 477, Z. 7) u. ä. Hier ist es entweder der alleinige Zweck oder doch einer der Zwecke der Aufhebung, eine andere, richtigere Beweisführung zu ermöglichen, und außerdem ist die Vernehmung selbst nicht rechtsbeständig. Wo hingegen der Nichtigkeitsgrund die Parteivernehmung, d. h. den Complex der richterlichen und Parteihandlungen, aus denen die unbeeidete und beeidete Vernehmung besteht, nicht berührt, da fehlt es allem Anscheine nach an einer gesetzlichen Bestimmung, die jenes Verbot und seine Wirkungen auf das aufgehobene Verfahren einschränken ließe. Trotz Erneuerung des Verfahrens bleibt es doch Verfahren in derselben Rechtssache, und dieses: die Rechtssache, der Proceß ist das für die Verbotsbegrenzung Maßgebende. Dafür spricht vor Allem die früher erwähnte Vorschrift des §. 489, Abs. 1: die Einseitigkeit der eidlichen Vernehmung ist nicht blos für die Instanz der thatsächlichen Vernehmung statuirt, sondern sie wirkt im Berufungsverfahren fort. Analog muß sie daher auch in dem erneuerten Verfahren aufrecht bleiben und die eidliche Vernehmung des

Gegners hier verwehren, denn das wegen Nichtigerklärung des früheren Verfahrens durchzuführende neue Verfahren ist, wie das Berufungsverfahren, ein Bestandtheil des einen, durch diese Klage veranlaßten Processes und, wie das Berufungsverfahren, eine Voraussetzung seiner rechtskräftigen Entscheidung. Der Erfolg der Aufhebung wird dadurch nicht beeinträchtigt: die neue Verhandlung kann sich auf den nun geschaffenen gesetzmäßigen Grundlagen frei bewegen. Was das neue oder besser besetzte Gericht für erheblich hält, darüber kann es Beweis fordern. Es kann die Thatsachen, worüber früher eidliche Vernehmung stattgefunden hat, als nebensächlich beiseite schieben; die Beweiskraft der früheren eidlichen Aussage kann anders beurtheilt werden, als es im ersten Verfahren geschah. Nur zwei Eide über dieselbe Thatsache einander entgegenzusetzen, dazu ist das Gericht mangels einer besonderen Ermächtigung des Gesetzes nach Sinn und Tendenz der Bestimmung des §. 377, Abs. 2 nicht berechtigt. Denn diese Tendenz ist — nach dem Berichte des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses — unter allen Umständen zu verhindern, daß Eid gegen Eid steht. Insofern nicht im einzelnen Falle der concrete Nichtigkeitsgrund Abweichungen nach sich zieht, wird demnach das Verhältniß der erneuerten Verhandlung zur früheren Verhandlung im allgemeinen etwa so anzusehen sein, wie wenn ein mittels Berufung angefochtenes Urtheil wegen Unzuständigkeit des Gerichtes erster Instanz aufgehoben wird und die Sache vor dem zuständigen Gerichte neuerlich zu verhandeln ist (§. 476). Liegt der Nichtigkeitsgrund der absoluten Unzuständigkeit (§. 477, Z. 3) vor, so besteht ein Unterschied überhaupt nur in dem Maße von Reactionskraft, die dem Aufhebungsgrunde zukommt,[1]) nicht im Wesen und in der Bedeutung dieser Aufhebung. Ebenso sind die Nichtigkeitsgründe des §. 477, Z. 1 und 2 (ausgeschlossene oder befangene Richter, nicht gehörige Besetzung des Gerichtes) in ihrer Bedeutung für den Proceß von dem Aufhebungsgrunde der Unzuständigkeit nicht zu sehr verschieden. Dieser Gleichheit in wesentlichen Punkten ent-

[1]) Im einen Falle ist die Unzuständigkeit von amtswegen, im anderen Falle nur auf Antrag zu beachten.

spricht es, das Princip des §. 476, Abs. 2 auch für die Verhandlung als giltig zu betrachten, die infolge Nichtigkeit des früheren Verfahrens nothwendig wird. Wie die bei der ersten Verhandlung von den Parteien abgelegten Geständnisse und die sonstigen Erklärungen der Parteien wird auch die damals unter Eid abgelegte Aussage ihre Wirksamkeit für die neuerliche Verhandlung behalten. Mit dem eben gedachten Vorbehalte wird demnach die Antwort auf die aufgeworfene Frage lauten müssen: Von der Wahrheit eines im nichtigen Verfahren beeideten Umstandes wird sich das Gericht, wenn das neue Verfahren keine anderen Beweise beibringt, die Ueberzeugung nur verschaffen können aus der — eventuell zu wiederholenden — eidlichen Aussage derjenigen Partei, die in dem aufgehobenen Verfahren schon eidlich darüber vernommen wurde. Neue Beweise über die betreffende Thatsache schieben von selbst kraft der Subsidiarität den vorliegenden Beweis durch Parteivernehmung in zweite Reihe.

7. **Richterliche Schadensfeststellung.** Wird die Parteivernehmung im Dienste der richterlichen Interesse- oder Schadensliquidirung u. s. w. angeordnet (§. 273), so sind die Parteien „über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände" zu befragen. Diese Aussage ist keine Nachbildung des früheren Schätzungseides, bei dem die Parteien unmittelbar den Betrag ihres Anspruches unter Eid veranschlagten. Bei der Vernehmung nach §. 273 haben die Parteien ihrer Ueberzeugung von der Wahrheit bestimmter ihnen bezeichneter thatsächlicher Umstände Ausdruck zu geben, nicht ihrer Ansicht über die Ziffer des Interesses, Schadens u. s. w.

IX.

Die Proceßentscheidung.

Wie die Proceßleitung aufs Reichste ausgestattet wurde, um jeder einzelnen Rechtssache die zweckmäßigste Form geben und alle Vortheile, die sich darbieten, zum Besten der Proceßvereinfachung ausnützen zu können, ist auch die Proceßentscheidung vielgestaltiger und mannigfaltiger geworden. Die Civilproceßordnung hat die meritorische Entscheidung anpassungsfähiger zu machen gesucht. Sie hat ferner neue Wege zur Erlangung meritorischer Entscheidungen gewiesen und dafür gesorgt, daß jeder Proceß — statt wie bisher auf die Beantwortung der einen mittels Klage aufgeworfenen Frage beschränkt zu sein — in möglichst weitem Umfange zur rechtskräftigen Feststellung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien benützt werden kann. Es ist ein und derselbe Gedanke, der nach beiden Richtungen sich durchsetzt. Die Vereinfachung und Verbesserung des Rechtsschutzes nur in Formersparnissen zu erblicken, wäre eine Kurzsichtigkeit. In viel höherem Sinne als die Vorbereitung des Richterspruches fördert sie der Richterspruch selbst. Namentlich ist dessen Aufnahmsfähigkeit für den socialen Effect des Processes maßgebend: nach je mehr Seiten jedes Urtheil präventiv wirken kann, desto besser für die Rechtsordnung und Rechtssicherheit. Der technische und der Zusammenhang der praktischen Zwecke, der zwischen den Neuerungen im Gebiete der meritorischen Entscheidung und dem neuen Proceßleitungssysteme besteht, muß in unserem Denken Wurzel fassen. Erst die Vereinigung beider Einrichtungen ergibt die volle Verwerthung jeder einzelnen, und bei lebendiger Erkenntniß jenes

Zusammenhanges wird es auch nie an Anregungen fehlen, die neuen Entscheidungsformen und Entscheidungsmöglichkeiten anzuwenden. Die Praxis verschließt sich diesen Vortheilen nicht und hat die neuen Bestimmungen über die richterliche Entscheidung bald zu verwirklichen begonnen. Mit Allem, was hier einschlägt: objective Klagenhäufung, Feststellungsklage, Zwischenantrag auf Feststellung, Widerklage, Theil- und Zwischenurtheile u. s. w. wird häufig, gerne und im Wesentlichen richtig operirt. Aus den Fragen und Unsicherheiten, die sich dabei ergeben, sollen einige der wichtigeren im Folgenden aphoristisch erörtert werden.

1. **Klagencumulirung.** Mehrere Ansprüche dürfen in einer Klage geltend gemacht werden, wenn für sämmtliche Ansprüche das Proceßgericht zuständig und dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist (§. 227). Diese beiden Bedingungen zulässiger Klagenverbindung unterscheiden sich dadurch von einander, daß es für die erstere neben den einzelnen Ansprüchen auf die Summe aller Ansprüche, für die zweite aber lediglich auf die einzelnen Ansprüche ankommt. Das Gericht muß für jeden einzelnen der in einer Klage vereinigten Ansprüche sachlich und örtlich und nebstdem für sämmtliche Ansprüche zusammen nach deren Werthsumme sachlich zuständig sein (§. 55 Jur.-Norm). Die Gleichheit des Verfahrens hingegen ist gegeben, wenn der Rechtsstreit über jeden der vereinigten Ansprüche für sich, ohne Verbindung, in demselben Verfahren durchgeführt werden müßte. Die Summirung der Ansprüche ist im Gesetze eben nur für die Zuständigkeitsbestimmung vorgeschrieben; es fehlt jeder Grund, die Vorschrift des §. 55 Jur.-Norm gegen ihren Wortlaut auf das anzuwendende Verfahren zu beziehen. Die Klagscumulirung soll nicht dazu benützt werden können, den Beklagten, der vor dem Bezirksgerichte Rede zu stehen hätte, vor den Gerichtshof zu ziehen und ihm das kostspieligere Gerichtshofsverfahren aufzubürden. Deshalb darf das Competenzmaximum des für den einzelnen Anspruch zuständigen Gerichtes nicht überschritten werden. Dies ist demnach eine justizpolitische Maßregel zu Gunsten der Rechtsvertheidigung. Die Identität des Verfahrens hingegen ist eine naturgemäße technische Voraussetzung der Cumulirung. Sie muß

gefordert werden, damit der Vereinigung der Ansprüche in der Klage eine gemeinsame Verhandlung über die vereinigten Ansprüche folgen kann. Da über jeden einzelnen Anspruch zu entscheiden ist und für diese Entscheidung vom Standpunkte des Gesetzes das dafür gesetzlich bestimmte Verfahren genügen muß, so wäre nicht einzusehen, warum die Verbindung mehrerer solcher Ansprüche die Folge haben sollte, daß nunmehr das für Ansprüche höheren Betrages vorgeschriebene Verfahren anzuwenden wäre. Die Verhandlung über die vereinigten Ansprüche kann getrennt werden (§. 188); wie ließe es sich dann rechtfertigen, den Proceß über den einzelnen Anspruch statt im gesetzlich vorgeschriebenen bezirksgerichtlichen Verfahren im Gerichtshofsverfahren auszutragen? Deshalb können in einer Klage, die bei dem Bezirksgerichte überreicht wird, mehrere Ansprüche unter 50 fl. geltend gemacht werden, sofern das Gericht für jeden einzelnen Anspruch örtlich zuständig ist und die Summe aller vereinigten Ansprüche 500 fl. nicht übersteigt. Die Verbindung ist zulässig, weil über jeden einzelnen Anspruch im Verfahren in Bagatellsachen zu verhandeln, somit für jeden dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist.

Die Combination von Klagscumulirung und Streitgenossenschaft ist gesetzlich möglich. Wenn sonst allen Anforderungen des Gesetzes genügt ist, wird daher der Gläubiger die ihm gegen eine bestimmte Person als Alleinschuldner zustehende Forderung und eine zweite Forderung, die er gegen dieselbe Person als Hauptschuldner und gegen einen Dritten als Bürgen zu stellen hat, in einer Klage wider den Hauptschuldner und den Bürgen verfolgen können.

2. Feststellungsklagen. Die Praxis haben bisher hauptsächlich zwei Fragen beschäftigt: wie die gesetzliche Voraussetzung des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung (§. 228) im Processe zu behandeln ist und das Verhältniß zwischen Feststellungs- und Leistungsklage.

Die Darlegung des rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage ist gleichzuhalten etwa der Darlegung des Fälligkeitseintrittes bei einer Leistungsklage. Letztere muß abgewiesen werden, wenn der Anspruch zwar besteht, aber noch nicht fällig

ist: ebenso ist, ungeachtet des Bestehens des streitigen festzustellenden Rechtsverhältnisses, die Abweisung der Feststellungsklage unabwendbar, wenn es am rechtlichen Interesse fehlt. Allerdings bildet das Vorhandensein des rechtlichen Interesses die Vorfrage für die Entscheidung über das Bestehen des Rechtsverhältnisses, während die Fälligkeit bei der Leistungsklage regelmäßig erst in zweiter Linie geprüft werden wird, nachdem das Gericht sich überzeugt hat, daß der Anspruch wirklich entstanden ist. Aber hier wie dort ist die Darlegung der (für das rechtliche Interesse oder für die Fälligkeit) erheblichen Thatsachen ein Theil der Klage und der Sachverhaltserörterung in der mündlichen Verhandlung. Die Thatsachen, aus welchen sich das rechtliche Interesse entnehmen lassen soll, müssen wie die materiell rechtsbegründenden Thatsachen und alle anderen proceßerheblichen Behauptungen nach Bedarf bewiesen (nicht bescheinigt) werden. Und dieser Beweis ist nicht Bedingung für die Einleitung des Processes, sondern ebenso wie der Nachweis des festzustellenden Rechtsverhältnisses oder seiner Nichtexistenz Bedingung für ein dem Klagebegehren gemäßes Urtheil, Bedingung einer dem Kläger günstigen meritorischen Entscheidung. Der Beklagte kann daher das angebliche Fehlen eines rechtlichen Interesses nur wie jede andere meritorische Vertheidigung im Processe vorbringen. Es ist nicht unmöglich, die Erörterung und auch den Beweis des rechtlichen Interesses, wenn über letzteres Streit besteht und die Maßregel sich sonst empfiehlt, von der Verhandlung über das festzustellende Rechtsverhältniß zu trennen, ihr vorauszuschicken, die mündliche Verhandlung zunächst auf jene Vorfrage zu beschränken (§. 189, Abs. 1). Aber dadurch wird letztere nicht etwas vom Processe Verschiedenes, ebensowenig die Einwendung der Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit o. dgl. durch solche Trennung ihren Proceßcharakter verändert. Endlich reicht die Disposition der Parteien im Feststellungsprocesse nicht weiter, als im Processe über eine Leistungsklage. Es kann der Klagsanspruch selbst anerkannt werden (§. 395) — davon später — oder in Ansehung der Umstände, die zur Begründung des rechtlichen Interesses angeführt werden, Thatsachengeständniß vorkommen (§. 266). Im letzteren Falle muß

das Gericht über das Vorhandensein des Interesses als juristischer Folge der zugestandenen Thatsachen entscheiden. Und zwar selbst dann, wenn der Beklagte gegen das Vorhandensein des Interesses keine Einwendung erhoben hat, vorausgesetzt nur, daß es dem Gerichte nicht gelingt, mittels Befragung und Aufklärung der Parteien das Thatsachengeständniß zum Anspruchsgeständniß zu erweitern. In allen diesen Beziehungen bietet somit die Feststellungsklage nichts von dem Besonderen dar, das man bisweilen hinter ihr sucht.

Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung muß ein wirklich vorhandenes, kein blos putatives Interesse sein. Und zwar Interesse daran, daß die begehrte Feststellung gerade gegenüber *diesem* Beklagten alsbald geschieht. Das Interesse, daß die Feststellung nur vor der Leistungsklage oder vor deren Entscheidung erlangt wird, genügt nicht; das Interesse des Klägers muß die Feststellung im gegebenen Momente, jetzt, zur Zeit der Anbringung der Feststellungsklage oder doch zur Zeit des Urtheiles fordern. Fälligkeit des Anspruches oder von was sonst die Nativität der Klage abhängt, insbesondere vorausgegangene Rechtsverletzung oder Rechtsbedrohung durch den Beklagten ist weder für die affirmative, noch für die negative Feststellungsklage nothwendig. Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung kann ebensogut durch Handlungen dritter Personen oder durch rein objective, nicht rechtsgeschäftliche, vielleicht gar nicht juristische Vorgänge ausgelöst werden. Alle die unzähligen Geschehnisse, die factisch oder juristisch unmittelbar oder mittelbar in unsere Rechts- und Vermögenssphäre eingreifen und sie in uns nachtheiligem Sinne verändern oder doch verändern können, sind denkbare berechtigte Anlässe zu Feststellungsklagen.[1]) Auf die *Wirkung* (Hervorrufen eines rechtlichen Interesses an rechtskräftiger Klärung der Rechtsverhältnisse), nicht auf die *Ursache* dieser Wirkung kommt es an; die Ursache braucht niemals eine dem *Feststellungsbeklagten zurechenbare* zu sein. Die nega-

[1]) Siehe beispielsweise die Zusammenstellung der einschlägigen reichsgerichtlichen Entscheidungen bei *Wilmowsky-Levy*, a. a. O. I, S. 390.

tive Feststellungsklage knüpft geschichtlich an die Aufforderungsklage wegen Berühmung an. Darauf fußt die Ansicht, ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses sei heute überall dort anzuerkennen, wo nach früherem Processe eine „Berühmung" des Beklagten angenommen worden wäre. Man kommt auch damit nicht über alle Berge, da der Begriff der Berühmung bis zuletzt ein schwankender geblieben und der zur Berühmung nothwendige Grad von Gefährlichkeit und Imminenz der Rechtsbehauptung doch immer individuell beurtheilt worden ist. Aber wenigstens einen beiläufigen Maßstab mag es bieten, daß die negative Feststellungsklage die Aufgabe der provocatio ex lege Diff. übernommen hat und daher meistens dort zulässig sein wird, wo nach altem Processe Aufforderungsklage hätte angestrengt werden können.

Das Interesse muß ein rechtliches, aber nicht nothwendig ein vermögensrechtliches, nicht einmal ein privatrechtliches sein; zur Feststellungsklage berechtigt auch ein strafrechtliches, proceßrechtliches, eventuell ein verwaltungsrechtliches Interesse. Das vermögensrechtliche Interesse wird sich fast immer als wirthschaftliches, finanzielles Interesse geben. Letzteres steht nicht etwa im Gegensatze zum rechtlichen Interesse, es ist nicht einmal eine besondere Gattung rechtlichen Interesses, sondern nur die Umrechnung der juristischen in die ökonomische Währung, die Projicirung des Rechtsanspruches auf die Wirthschaftssphäre. Wer legitime Geldinteressen an der alsbaldigen Feststellung nachweist, hat ein „rechtliches" Interesse dargethan.

Dem Rechtsverhältnisse, dessen Bestand oder Nichtbestand festzustellen ist, darf der Rechtsweg nicht verschlossen sein. Mit der negativen Feststellungsklage kann sowohl die Entscheidung begehrt werden, daß ein Rechtsverhältniß zur Zeit nicht besteht, d. h. daß es nicht entstanden ist, wie daß es nicht mehr besteht. Nicht aus dem Parteienverhältnisse und nicht aus der Voraussetzung des rechtlichen Interesses, jedoch aus dem praktischen Zwecke der Feststellungsklage folgt, daß, was sich nicht mit Rechtskraftswirkung (§. 411) zwischen den Parteien feststellen läßt, überhaupt nicht den Gegenstand einer Feststellungsklage bilden

kann. Darnach beantwortet sich auch die Frage, ob das festzustellende Rechtsverhältniß speciell zwischen den Parteien des Feststellungsprocesses bestehen müsse. Soferne nur Rechtskraft eintreten kann und an der Feststellung ein Interesse begründet, ist die Frage zu verneinen.

Ueber das Verhältniß zwischen Feststellungs- und Leistungsklage läßt sich kaum ein abstracter Satz aufstellen. Daß man bereits auf Leistung klagen kann, schließt die Feststellungsklage nicht principiell aus. Nicht einmal, daß betreffs eines Theiles des Anspruches bereits auf Leistung geklagt wurde oder gleichzeitig geklagt wird; es können Situationen eintreten, wo auch neben der Leistungsklage ein rechtliches Interesse an selbstständiger Feststellung fortbesteht. Das Einzige, was allgemeiner zu sagen wäre, ist: wo nach der Sach- und Rechtslage auf Leistung geklagt werden kann oder geklagt wird, da wird die Voraussetzung und der Nachweis des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung sehr genau zu nehmen sein. Der Kläger wird hier in der Regel besondere Umstände darthun müssen, welche die selbstständige Feststellung erheischen und woraus sich ergibt, daß das vorhandene rechtliche Interesse nur im Wege separaten Feststellungsprocesses, nicht durch die Leistungsklage befriedigt werden kann. Die Wechselbeziehung beider Klagen ist eben ganz und gar concret zu beurtheilen. Die Bedingung, an welche das Gesetz die Zulässigkeit der Feststellungsklage geknüpft hat, gibt genügend Handhabe, um der Verwendung der Feststellungsklage zu Zwecken der Proceßvertheuerung und der unmotivirten Vervielfältigung von Processen einen Riegel vorzuschieben. Dogmatisch unterscheiden sich die Feststellungs- und Leistungsklage dadurch, das erstere einen richterlichen Ausspruch über den Bestand eines bestimmten Rechtsverhältnisses, letztere nebst der Anerkennung des behaupteten Rechtsverhältnisses — die im Urtheile nicht immer ausdrücklich erfolgen muß — Festsetzung der sich daraus für den Beklagten ergebenden Verpflichtungen und einen richterlichen Auftrag zur Erfüllung dieser Verpflichtungen (§. 409) bezweckt. Der Klagegrund ist bei beiden derselbe: das fragliche streitige Rechtsverhältniß. Der Condemnationsanspruch zieht nur mehr Consequenzen daraus als die

Feststellungsklage; er verfolgt im Vergleiche zu letzterer mehr, nicht etwas Anderes. Im Uebergange von der Leistungsklage zur Feststellungsklage — nach Eintritt der Streitanhängigkeit — liegt demnach keine Klagsänderung; denn das Klagebegehren wird ohne Aenderung des Klagegrundes blos in der Hauptsache beschränkt (§. 235, Abs. 4). Dagegen ist die Verwandlung der Feststellungsklage in eine Leistungsklage nach Eintritt der Streitanhängigkeit den Bedingungen zulässiger Klagsänderung, nämlich der Einwilligung des Gegners (§. 235, Abs. 2) oder der gerichtlichen Bewilligung (§. 235, Abs. 3) unterworfen.[1]) Im gleichen Sinne entscheidet das deutsche Reichsgericht.[2]) Nur kann nach deutschem Proceßrechte die Feststellungsklage auch in eine Leistungsklage übergehen, da bei ungeändertem Klagegrunde nicht blos die Beschränkung, sondern auch die Erweiterung des Klageantrages in der Hauptsache nicht als Aenderung der Klage gilt (§. 268, Z. 2 der neuen Zählung).

Die Feststellungsklage kann wie durch contradictorisches Urtheil, so durch Versäumniß- und Anerkenntnißurtheil ihre Erledigung finden. Bei Versäumniß ist das thatsächliche Vorbringen ohne Rücksicht darauf, ob es das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung oder das festzustellende Rechtsverhältniß betrifft, wie sonst bei gleichartiger Versäumniß zu beurtheilen; darnach wird zuerst über das Vorhandensein des Interesses und, wenn dieses zu bejahen ist, über das festzustellende Rechtsverhältniß entschieden. Bei Anerkenntniß des Beklagten kommt es darauf an, was anerkannt wird. Es kann der festzustellende Anspruch allein, d. h. das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses u. s. w. anerkannt werden, oder der Beklagte kann sich der Feststellungsklage schlechtweg unterwerfen. Dagegen läßt sich nicht — worauf schon hingedeutet wurde — von einem Anerkenntniß des rechtlichen Interesses an der Feststellung, gewissermassen als Anerkenntniß des Anspruches auf Feststellung sprechen.

---

[1]) Anderer Ansicht in beiden Fällen ist Ott, Die Feststellungsklage, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1899, S. 43f. (S.-A. S. 20).

[2]) Wilmowski-Levy, a. a. O. I, S. 419.

Das rechtliche Interesse ist kein Anspruch für sich, sondern nur ein juristisches, aus Thatsachen abzuleitendes Moment im Klagsthatbestande. Nach der Art des Anerkenntnisses richtet sich das Urtheil. Da Theilurtheil hier ausgeschlossen ist, wird ein eigentliches Anerkenntnißurtheil (§. 395) nur gefällt, sofern der Beklagte sich der Feststellungsklage schlechtweg durch sein Anerkenntniß unterwirft. Anerkenntniß des Bestehens oder Nichtbestehens des festzustellenden Rechtsverhältnisses unter gleichzeitiger Bestreitung des rechtlichen Interesses macht contradictorisches Urtheil nothwendig; hiebei ist, falls der Widerspruch des Beklagten gegen die Feststellung unbegründet erscheint, sein Anspruchsgeständniß in der Hauptsache zu benützen. Wird nur das thatsächliche Vorbringen zugegeben, das zum Nachweise des rechtlichen Interesses bestimmt ist, so ist das Urtheil gleichfalls ein contradictorisches, es fehlt jedoch die eben erwähnte Erleichterung des Geständnisses in der Hauptsache. Ein im Feststellungsprocesse ohne jeglichen Vorbehalt erklärtes Anerkenntniß wird in der Regel als totales Anerkenntniß aufzufassen sein und Anerkenntnißurtheil nach sich ziehen, durch das nicht blos die Zulässigkeit der Feststellungsklage, sondern das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses selbst festgestellt wird.

3. Zwischenantrag auf Feststellung. Obwohl die Institution in unserem Processe neu ist, werden diese Anträge überraschend oft gestellt. Sie sind ein äußerst wohlthätig wirkender Rechtsbehelf, und die Methodik des Civilprocesses hat unbestreitbar einen Fortschritt gemacht, wenn man die unangenehme Nothwendigkeit, einen Proceß zu führen, gleich dazu benützt, durch rechtskräftige Feststellung anderer, connexer Rechtsverhältnisse späteren neuen Processen nach Kräften vorzubauen. Insoferne ist die Zunahme der Zwischenanträge als eine höchst erfreuliche Manifestation des neuen Geistes zu begrüßen, mit dem wir unsere Rechtspflege beseelen wollen. Da es aber immerhin denkbar wäre, daß der Zwischenantrag bisweilen in anderer Absicht, als wegen der Arbeitsersparung und wegen der Vereinfachung der Rechtsverfolgung begünstigt wird, ist darüber zu wachen, daß nicht etwa durch eine unrichtige praktische Behandlung der Zwischenanträge solcher Tendenz ein Stützpunkt gewährt oder Vorschub geleistet wird.

Mittels Zwischenantrages kann über Rechtsverhältnisse, die für den Klagsanspruch präjudiciell sind, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung begehrt werden (§. 236). Da der Bestand des Klagsanspruches von dem fraglichen Rechtsverhältnisse abhängt und letzteres streitig geworden ist, so müßte zum Zwecke der Entscheidung über das Klagebegehren vom Gerichte jedenfalls entschieden werden, ob dieses präjudicielle Rechtsverhältniß besteht oder nicht besteht. An und für sich, ohne Zwischenantrag, würde diese Entscheidung in den Urtheilsgründen, gemeinsam mit der Entscheidung sonstiger factischer oder rechtlicher Prämissen des Urtheilsspruches erfolgen und ebensowenig, wie diese übrigen zum Urtheile führenden Theil- und Voraussetzungsentscheidungen rechtskräftig werden. Der Zwischenantrag hat nun die Wirkung, daß die Entscheidung über das präjudicielle Rechtsverhältniß in den Urtheilsspruch hinaufrückt, neben die Entscheidung über den Klagsanspruch, und daß sie wie letztere der Rechtskraft theilhaftig wird. Das sind aber auch die einzigen Modificationen, die der Zwischenantrag verursacht. Im Inhalte des Hauptprocesses ändert sich durch den Zwischenantrag gar nichts: er bringt keine Bereicherung der Verhandlung, keine Erweiterung des Processes. Der Zwischenantrag führt keine neue Frage, keinen neuen Anspruch, keinen neuen Proceßstoff ein; er bedeutet nicht einmal eine neue Aufgabe für den Richter. Denn der Richter muß alle für das Urtheil in der Hauptsache wichtigen Punkte pflichtgemäß mit derselben Gewissenhaftigkeit und Genauigkeit prüfen, ob ein Zwischenantrag vorliegt oder nicht. Er kann sich in dem einen wie im anderen Falle nicht früher über das Bestehen oder Nichtbestehen des präjudiciellen Rechtsverhältnisses entscheiden, als bis er alle dessen Bedingungen und dessen ganzen Thatbestand geklärt und verläßlich erkannt hat. Es wäre ein Irrthum, deshalb, weil sich infolge des Zwischenantrages die Rechtskraftswirkung ausdehnt, etwa zu meinen, über das präjudicielle Rechtsverhältniß müsse nun eingehender als sonst, unter Heranziehung eines reichlicheren Proceßmateriales verhandelt werden. Noch höher als die Rechtskraft steht die Gerechtigkeit des Urtheiles. Die Gerechtigkeit der Entscheidung in der Hauptsache ist aber stets — mag ein Zwischen-

antrag vorliegen oder nicht — von der Richtigkeit aller Vorentscheidungen abhängig. Deren Richtigkeit ist ein absolutes, beständiges, nicht blos ein gelegentliches Erforderniß. Diese Auffassung gibt auch die richtige Directive für die processuale Behandlung des Zwischenantrages. Mit einem praktisch unwesentlichen Vorbehalte könnte man diese Directive kurz so formuliren: der Richter soll sich des Zwischenantrages erst bei der Urtheilsfällung erinnern. Bis dahin verläuft die Sache mit und ohne Zwischenantrag ganz gleich. Des Zwischenantrages wegen darf nichts geschehen, was nicht auch sonst gethan worden wäre. Daher wird beispielsweise gesonderte Verhandlung über das mittels Zwischenantrages herausgehobene präjudicielle Rechtsverhältniß (§. 189, Abs. 1) nur anzuordnen sein, wenn die vorläufige Beschränkung der Verhandlung auf diesen Streitpunkt nach den für die Proceßleitung maßgebenden Gesichtspunkten sich überhaupt empfiehlt, nicht etwa blos des Zwischenantrages wegen. Dieser darf dabei gar keine Rolle spielen. Mit anderen Worten: der Zwischenantrag ist Antrag auf eine richterliche Function beim Urtheilen, nicht auf eine Function bei Leitung der Verhandlung. Er bezweckt Bereicherung der Sentenz, nicht — wie bemerkt — der Verhandlung.

Dem simplen Zwischenantrage unserer Civilproceßordnung würde zu viel Ehre erwiesen, wenn man ihn zur „Incident-Feststellungsklage" erheben wollte.[1]) Eine solche Klage ist unserem neuen Proceßrechte unbekannt. Dieses kennt eine Feststellungs-Widerklage (§. 96 Jur.-Norm), sonst aber nur den Zwischenantrag, der in Allem und Jedem nicht als Klage, sondern eben — wie es sein Name sagt — als Incidentantrag behandelt wird. Insbesondere dürfte der Ansicht zu widersprechen sein, daß der Kläger den Zwischenantrag mittels Klagserweiterung zu stellen hat und daß jeder Zwischenantrag des Beklagten eine Feststellungs-Widerklage ist. Warum sich von Klagserweiterung nicht sprechen läßt, ergibt sich schon aus dem oben dargelegten sachlichen Bedingungsverhältnisse zwischen dem Klagsanspruche und dem Gegenstande des Zwischenantrages. Der Kläger ver-

[1]) Ott, a. a. O., S. 44 (S.-A. S. 21).

langt nicht eine Entscheidung, die er auf Grund des Klagebegehrens allein nicht erhalten hätte, sondern er beansprucht für eine der unter allen Umständen unumgänglichen Voraussetzungsentscheidungen den Rechtskraftseffect. Hinsichtlich der Klage selbst ändert sich gar nichts. Der Zwischenantrag ist überhaupt, wie der gleiche Antrag des Beklagten (§. 259, Abs. 2) beweist, ein von der Klage durchaus unabhängiges, rein processuales Rechtsmittel. Wohl der augenfälligste Ausdruck dafür ist, daß nach dem Gesetze der Zwischenantrag des Klägers nur die Bedingungen des §. 236, nicht aber die der Klagsänderung (§. 235) zu erfüllen hat, namentlich auch nach Eintritt der Streitanhängigkeit Einwilligung des Beklagten nicht gefordert wird. Zwischenantrag des Beklagten und Feststellungs-Widerklage aber unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht. Zunächst in Bezug auf die Voraussetzungen der Zuständigkeit; für die Feststellungs-Widerklage ist die Zuständigkeit des Proceßgerichtes aus begreiflichen Gründen leichter erreichbar, als für den Zwischenantrag. Infolge Feststellungs-Widerklage ist — das zweite Unterscheidende — gewöhnliches Verfahren, eventuell mit erster Tagsatzung und Klagebeantwortung einzuleiten, während der Zwischenantrag ohneweiters, sowie er in der mündlichen Verhandlung gestellt wird, beachtlich ist. Endlich: Führt der Hauptproceß wegen eines Proceßvoraussetzungs-Mangels, z. B. wegen Unzuständigkeit, zu keiner meritorischen Entscheidung, so entfällt damit auch die meritorische Entscheidung über den Zwischenantrag. Die Feststellungs-Widerklage aber wird, soferne das Gericht für sie als einfache Klage, außerhalb des Widerklagsnexus zuständig ist, dadurch nicht berührt, daß das Gericht die Klage im Hauptprocesse wegen Unzuständigkeit zurückweist.

Das praktisch Wichtigste in der Lehre vom Zwischenantrage ist, ob und wann über die Zulässigkeit des Zwischenantrages gesondert entschieden werden soll. Die Zulässigkeit des Zwischenantrages ist materiell durch die Präjudicialität des streitig gewordenen Rechtsverhältnisses (§. 236, Abs. 1), formell durch die Gleichheit oder Aehnlichkeit des Verfahrens und die sachliche Zuständigkeit des Proceßgerichtes bedingt (§. 236, Abs. 2). Darnach

können allerdings verschiedene Einwendungen gegen den Zwischenantrag erhoben werden, praktisch treffen sie wohl alle in der Frage der Präjudicialität zusammen. Man muß genau die Verleihung der Rechtskraft und die Verhandlung über den Zwischenantrag auseinanderhalten. Das Gesetz (§. 236) bestimmt die Bedingungen, unter welchen allein vom Proceßgerichte über das streitige Rechtsverhältniß mit Rechtskraftswirkung entschieden werden kann. Zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung ist aber das Rechtsverhältniß unter allen Umständen zu machen, wenn es nach Ansicht des Gerichtes für das Urtheil in der Hauptsache präjudiciell ist. Der Verhandlung darüber steht weder der Mangel sachlicher Zuständigkeit, noch das entgegen, daß sonst für Angelegenheiten dieser Art ein anderes Verfahren vorgeschrieben ist. Daraus folgt: Wenn das Gericht das Bestehen oder Nichtbestehen jenes Rechtsverhältnisses für das Urtheil in der Hauptsache in der That maßgebend hält, so ist eine dem Urtheile vorausgehende Entscheidung über die Zulässigkeit des Zwischenantrages nicht nöthig, da die Verhandlung eben der angenommenen Präjudicialität halber sich jedenfalls auf das fragliche Rechtsverhältniß erstrecken muß. Das Gericht kann unbedenklich die Entscheidung bis zur Fällung des Endurtheiles verschieben. Je nachdem es über die Frage des Verfahrens und über die Zuständigkeit denkt, wird dann das präjudicielle Rechtsverhältniß im Urtheilstenor neben dem Spruche über den Klagsantrag entschieden, oder der Ausspruch über das präjudicielle Rechtsverhältniß wird, als wäre ein Zwischenantrag überhaupt nicht angebracht worden, in den Entscheidungsgründen abgegeben. Im Falle die Präjudicialität zweifelhaft ist, steht die Sache allerdings anders, weil ein nicht präjudicielles Rechtsverhältniß kein Gegenstand der Verhandlung ist, vom Gerichte aus der Discussion ausgeschaltet werden soll. Hier mag fürs Erste richtiger dünken, über die Zulässigkeit des Zwischenantrages sogleich, vor dem Urtheile in der Hauptsache zu entscheiden. Doch ist Eines zu überlegen. Die Frage der Präjudicialität ist — das bedarf keiner weiteren Erklärung — durch die juristische Auffassung und Construction des Streitfalles wesentlich bedingt, sie gehört selbst zur Construction,

ist eines der Constructionsglieder. Wo die Präjudicialität ernsten Zweifeln ausgesetzt ist, wird man selten vor Vollendung und Abschluß der mündlichen Verhandlung mit Sicherheit sagen können, ob gewisse von den Parteien vorgebrachte Dinge nicht doch beim Urtheilen zu berücksichtigen sein werden. Anfangs scheint das fragliche Rechtsverhältniß vielleicht für die Hauptsache belanglos, später oder bei der nächsten Tagsatzung kommen neue Thatsachen, die den juristischen Charakter des Falles so ändern, daß jenes Rechtsverhältniß nun mit einem Male in den Mittelpunkt rückt, nicht mehr übergangen werden kann. Solche Frontveränderungen sind aber fast immer möglich: die Rechtsverhältnisse entstehen selten in so reiner Isolirung, daß sich ihr Inhalt und ihre Grenzen absolut nur aus einem Gesichtspunkte betrachten ließen. Wenn selbst das Gericht zunächst über den Gegenstand des Zwischenantrages wegen vermeintlicher Nichtpräjudicialität nicht verhandeln will, wird es daher trotzdem meistens vorzuziehen sein, die Unzulässigkeit des Zwischenantrages erst gelegentlich der Entscheidung in der Hauptsache auszusprechen. Denn damit behält es das Gericht bis zum letzten Augenblicke in seiner Macht, im Sinne des Zwischenantrages die Verhandlung auf das fragliche Rechtsverhältniß auszudehnen, sobald sich dies im weiteren Verlaufe der Verhandlung als nothwendig herausstellt oder die ursprünglichen Zweifel an der Zulässigkeit des Zwischenantrages durch die Ergebnisse der Verhandlung zerstreut werden. Diese Methode empfiehlt sich umsomehr, als sie die Cäsur der mündlichen Verhandlung durch eine anfechtbare Entscheidung vermeidet. Die Zurückweisung des Zwischenantrages vor Schluß der mündlichen Verhandlung wäre dem Recurse unterworfen. Die Verhandlung könnte zwar ungeachtet des Recurses fortgehen, das Gericht wird jedoch bei einiger Unsicherheit die einstweilige Hemmung des Verfahrens (§. 524, Abs. 2) meistens für das Zweckmäßigere halten. Doch hievon abgesehen, wie soll das Recursgericht auf eine halbe, unfertige Verhandlung hin sich über die Präjudicialität entscheiden? Um nicht zu schaden und vorzugreifen, würde es sich wohl häufiger, als recht ist, für den Zwischenantrag aussprechen und dadurch die überflüssigsten Verhandlungen verursachen. Aus allen

diesen meritorischen und Opportunitätsgründen wird die Verwerfung des Zwischenantrages regelmäßig der Entscheidung nach Schluß der Verhandlung vorzubehalten sein. Auch die Sanirung einer unrichtigen Abweisung des Zwischenantrages ist dann am einfachsten. Einer deswegen erhobenen Beschwerde kann das Berufungsgericht abhelfen, indem es selbst gleich dem Zwischenantrage willfahrt und das Rechtsverhältniß feststellt. Begründet jedoch die Nichteinbeziehung dieses Rechtsverhältnisses in die mündliche Verhandlung einen wesentlichen Mangel des Verfahrens erster Instanz (§. 496, Z. 2), so kann um so leichter bei der neuen Verhandlung und Urtheilsfällung zugleich dem Zwischenantrage entsprochen werden.

Von der Entscheidung über die Zulässigkeit des Zwischenantrages ist die Entscheidung über das Rechtsverhältniß zu sondern, das den Gegenstand des Zwischenantrages bildet. Eine förmliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Zwischenantrages wird nur bei Verwerfung des Zwischenantrages erforderlich sein, sonst liegt diese Entscheidung implicite schon in dem Ausspruche über Bestehen oder Nichtbestehen des präjudiciellen Rechtsverhältnisses. Durch das Eingehen in das Meritum des Zwischenantrages ist dessen formelle Zulässigkeit nothwendig mitanerkannt, ein besonderer Ausspruch über letzteres ist überflüssig. Die Verwerfung des Zwischenantrages als (formell) unzulässig erfolgt in Beschlußform; der Beschluß wäre nach dem früher Gesagten in das Urtheil aufzunehmen. Er ist dann nur mittels Berufung anfechtbar (§. 462, Abs. 2). Das Bestehen oder Nichtbestehen des präjudiciellen Rechtsverhältnisses ist ausnahmslos mittels Urtheiles festzustellen, und zwar entweder mittels des in der Hauptsache ergehenden Endurtheiles oder bei früherer Feststellung mittels Zwischenurtheiles (§. 393, Abs. 2). Was von beiden besser ist, muß der einzelne Fall lehren. Bei Gebrauch des Zwischenurtheiles wird die größte Vorsicht walten müssen. Wenn das Gericht das präjudicielle Rechtsverhältniß für zweifellos nicht bestehend erachtet und darüber abgesondert von allem Anderen verhandelt wurde, kann durch Erledigung mittels Zwischenurtheiles der Proceß ungemein vereinfacht und eine tüchtige Kostenersparniß

erzielt werden. Es wird z. B. bei Zinsenklagen die Hauptschuld oder bei Servitutsklagen das Grundeigenthum verneint. Die Sache gestaltet sich dann sehr ähnlich der Trennung nach Grund und Betrag. Sonst aber wird voraussichtlich die Entscheidung im Endurtheile zweckdienlicher sein, weil das Gericht in der Regel sich kaum dazu wird aufraffen können, ungeachtet der Berufung oder Revision gegen das Zwischenurtheil das Verfahren in der Hauptsache fortzusetzen, letzteres daher durch ein Zwischenurtheil in der nachtheiligsten Weise zerrissen werden kann. Die Entscheidung über das präjudicielle Rechtsverhältniß darf nie über den Zwischenantrag hinausgehen; das Gericht ist hier ebenso wie an den Klagsantrag gebunden. Der Zwischenantrag kann allgemein auf Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses lauten oder speciell die Feststellung des Bestehens dieses Rechtsverhältnisses oder seines Nichtbestehens begehren. Die Formulirung des Antrages wird namentlich wichtig, wenn das Gericht den Bestand des präjudiciellen Rechtsverhältnisses verneinen muß. Wurde nämlich Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses beantragt, so ist dann der Zwischenantrag — ebenso wie eine affirmative Feststellungsklage, der das Gericht nicht stattgeben kann — meritorisch abzuweisen, nicht aber das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses im Urtheile auszusprechen. Letzteres wird nur geschehen dürfen, wenn der Zwischenantrag auf Feststellung des Nichtbestehens oder schlechthin auf Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses gerichtet ist, also von vorneherein beide Alternativen umfaßt. Wo Kläger das Bestehen des präjudiciellen Rechtsverhältnisses, Beklagter das Nichtbestehen desselben Rechtsverhältnisses festgestellt wissen will oder umgekehrt, da wird das Urtheil in jedem Falle einen der Rechtskraft fähigen Ausspruch über das Rechtsverhältniß enthalten.

Das Rechtsverhältniß, dessen Feststellung der Zwischenantrag begehrt, muß nicht nothwendig ein Rechtsverhältniß zwischen den beiden Proceßparteien sein. Sofern es im schwebenden Processe nur präjudiciell ist, kann auch wegen des Rechtsverhältnisses, das zwischen einer der Parteien und einem Dritten begründet sein soll, oder wegen eines ausschließlich zwischen Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses, das auf den anhängigen Proceß zurückwirkt, Zwischen-

antrag angebracht werden, z. B. im Processe gegen den Bürgen wegen der Hauptschuld. Die Entscheidung über den Zwischenantrag schafft jedoch nur zwischen den Proceßparteien Rechtskraft, so daß dem Rechte Dritter, die am Processe nicht theilnehmen, hiedurch niemals Eintrag geschehen kann. Wie sonst bindet aber die Rechtskraft der Entscheidung über den Zwischenantrag nicht blos die ursprünglichen Proceßparteien, sondern auch deren Rechtsnachfolger. Das liegt schon im Begriffe der rechtskräftigen Feststellung und würde sich sogar gegen den Willen der Betheiligten einstellen. Das besondere Hervorheben dieses Fort- und Ueberdauerns kann deshalb dem Zwischenantrage niemals schaden. Es wäre unrichtig, ihn abzuweisen, weil statt Feststellung ausdrücklich Feststellung mit Wirkung für die Rechtsnachfolger verlangt wird. In Processen mit gesetzlichen Vertretern nicht physischer Rechtssubjecte bildet die Möglichkeit eines Wechsels in der Person des Vertreters kein Hinderniß für den Zwischenantrag. Wird z. B. im Processe mit dem gegenwärtigen Verwalter einer Stiftung vom Gegner mittels Zwischenantrages Feststellung begehrt, so muß — wenn der Antrag sonst gerechtfertigt ist — diese Feststellung stattfinden, ob sie nun blos gegenüber dem dermaligen Stiftungsverwalter oder gegenüber dem jeweiligen Verwalter der Stiftung beantragt wird. Die Rechtskraft bindet in beiden Fällen nicht den Vertreter, sondern immer nur die Proceßpartei, die Stiftung, und erst durch sie indirect den jeweiligen Vertreter. Dieser hat das gegen die Stiftung ergangene Urtheil zu respectiren, weil er sie vertritt und daher auch, wenn er selbst in der Entscheidung nicht genannt ist.

Von dem festzustellenden Rechtsverhältnisse muß die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Theile abhängen, nicht darf es also der Klagsanspruch selbst, eventuell in negativer Fassung sein. Im confessorischen Servitutsprocesse kann nicht der Inhalt der negatorischen Klage vom Beklagten mittels Zwischenantrages geltend gemacht und in dieser Form Feststellung der Freiheit des Grundeigenthums begehrt werden. Ebensowenig als auf eine Forderungsklage mittels Zwischenantrages die Feststellung verlangt werden kann, daß der eingeklagte An-

spruch durch Verjährung erloschen ist. Ueber die Freiheit des Eigenthums, über die Verjährung muß, wenn sich der Beklagte vertheidigungsweise darauf beruft, im Urtheile von selbst, ohne Zwischenantrag, mit Rechtskraftswirkung entschieden werden. Es ist daran festzuhalten: der Zwischenantrag bezweckt Ausdehnung der Rechtskraft der Entscheidung über die mit der Klage gegebenen Grenzen; betreffs dessen, was schon infolge der Klage rechtskräftig entschieden werden muß, ist Zwischenantrag deshalb überflüssig. Damit besitzt man für die Lösung aller einschlägigen Fragen den Schlüssel. Das Urtheil, das — wie im obigen Beispiele — die beanspruchte Dienstbarkeit an dem bestimmten Grundstücke als nicht bestehend erklärt und deshalb die Klage abweist, stellt damit schon die Freiheit des Grundeigenthums von jener Servitut rechtskräftig fest. Hiezu ist kein Zwischenantrag nothwendig. Anders wenn der Eigenthümer negatorisch klagt, weil der Gegner angeblich unberechtigt über ein Grundstück des Klägers fährt, und Beklagter nun den Zwischenantrag anbringt, festzustellen, er sei berechtigt, über das Grundstück zu fahren, weil er dieses Recht ersessen habe. Der Spruch über die Klage — wenn die Vertheidigung des Beklagten begründet ist — sagt nur, daß das Eigenthum des Klägers kein unbeschränktes ist. Durch den Zwischenantrag wird daher ein rechtskräftiges Erkenntniß erlangt, das im Urtheile sonst nicht enthalten wäre. Es wird ein besonderes Rechtsverhältniß, die bestimmte Servitut an der Liegenschaft des Klägers festgestellt, von deren Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren abhängt und die gleichwohl durch diese Entscheidung an und für sich nicht außer Streit gesetzt würde.

Zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann nur eigentliche Feststellungsklage (§. 228) erhoben werden. Sowohl Zwischenantrag auf Feststellung, wie Feststellungs-Widerklage (§. 96 Jur.-Norm) sind nach dem Gesetze allein zur Feststellung streitig gewordener Rechtsverhältnisse oder Rechte verwendbar. Daher sind auch sogenannte Einwendungsthatsachen, rechtsaufhebende oder rechtsvernichtende Thatsachen, nicht Gegenstand eines Zwischenantrages. Für die Zulässigkeit des Zwischen-

antrages über präjudicielle Rechtsverhältnisse ist es gleichgiltig, ob das fragliche Rechtsverhältniß unter die Voraussetzungen des Entstehens des Klagsanspruches gehört oder ob nur der Fortbestand, die gegenwärtige Existenz des Klagsanspruches davon abhängt. Rechtsverhältnisse letzterer Art sind allerdings genealogisch nicht Bedingung des Klagsanspruches, sondern vielmehr durch den Klagsanspruch bedingt: ein Rechtsverhältniß, das Grund des Erlöschens des Klagsanspruches sein soll, postulirt dessen früheres Entstehen. Da aber die Klage den Anspruch als einen gegenwärtig zu Recht bestehenden verfolgt und der gegenwärtige Bestand des Anspruches auch von dem angeblich rechtsaufhebenden Verhältniß abhängt, so kann nach dem Gesetze zweifellos wegen des letzteren Rechtsverhältnisses Zwischenantrag angebracht werden.

Das Gesetz (§. 236, Abs. 2) verlangt nicht für die Hauptsache und den Gegenstand des Zwischenantrages identisches Verfahren. Die Disparität der beiden Verfahren soll nur nicht so groß sein, daß eine gemeinsame Verhandlung nicht möglich wäre und der Zwischenantrag daher den Proceß erschweren müßte. Wegen der Zuständigkeitsbegrenzung, die das Gesetz aufgenommen hat, kann fast nur die Combination vorkommen, daß in einer Bagatellsache ein Zwischenantrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses angebracht wird, bei dem die Geldsumme oder der Werth des Streitgegenstandes 50 fl. übersteigt, jedoch innerhalb des bezirksgerichtlichen Zuständigkeitsmaximums bleibt. Hier ist — was auch die Praxis mit Recht überwiegend annimmt — Zwischenantrag zuläßig. Aber der Antrag hat nicht etwa die Ueberleitung der Bagatellsache in das gewöhnliche bezirksgerichtliche Verfahren zur Folge (§. 453); schon deshalb nicht, weil das Gesetz den Zwischenantrag nicht als Klagsänderung qualificirt. Es ist vielmehr lediglich derjenige Theil des bezirksgerichtlichen Verfahrens, der sich mit dem Gegenstande des Zwischenantrages befaßt, in Bezug auf die Protokollirung nach den allgemeinen Regeln (§§. 209 ff.) zu behandeln, damit das Berufungsverfahren das nöthige Materiale vorfindet. Um dies durchzuführen, wird es das Beste sein, die Verhandlung zunächst auf diesen Punkt zu beschränken (§. 189). Für die weitere Verhandlung hat es bei den in §. 451 vorgeschrie-

benen Beurkundungen das Bewenden. Die Entscheidung der Hauptsache ist trotz Zwischenantrages, wie jedes Urtheil in Bagatellsachen, nur wegen Nichtigkeit anfechtbar (§. 501). Darüber hinaus, in ihrem sonstigen gesetzlichen Umfange kann die Berufung nur gegen die Entscheidung des Zwischenantrages erhoben werden. Letztere Entscheidung wird darum im gemeinsamen Urtheile von der Entscheidung der Hauptsache formell zu trennen sein, um dem Rechtsmittelverfahren die Wege zu ebnen.

4. Zwischenurtheil. Die Besprechung der Trennung der Verhandlung (S. 96) und des Zwischenantrages (S. 204) führte darauf, wie sehr die Verwendung dieser Urtheilsart juristischen Scharfblick und Feingefühl fordert. Ehe man die Form des Zwischenurtheils wählt, müssen nachdenklich wie bei einer Schachpartie alle Möglichkeiten im Voraus berechnet werden, sonst ergeben sich unter Umständen unbeschreiblich widerspruchsvolle Situationen, welche die Proceßerledigung zu einem äußerst schwer und mühsam zu entwirrenden Problem machen. Auch die dem Zwischenurtheile eigenthümliche Verallgemeinerung und Verschärfung der Rechtskraft wird dabei in Anschlag zu bringen sein. Wenn nämlich der Klagsanspruch mittels Endurtheiles abgewiesen wird, erfaßt ihn die Rechtskraft in der bestimmten Modalität, in der ihn die Klage zeigt; wird er hingegen dem Grunde nach mittels Zwischenurtheiles aberkannt, so ist der Klagsanspruch nicht blos in seiner jetzigen concreten Gestalt, sondern gleichzeitig in allen Modalitäten abgewiesen, die er überhaupt einmal annehmen kann. Dem auf eine bestimmte Summe gerichteten Klagsanspruche steht daher im Falle einer Aenderung der Summe auf Grund der Abweisung mittels Endurtheiles die res judicata nicht nothwendig entgegen. Das Zwischenurtheil aber haftet an keiner Ziffer, sondern schützt den Beklagten principiell gegen jeden Anspruch ex eadem causa ohne Rücksicht auf den Betrag, der später etwa gefordert wird. Oder folgender Fall: A klagt als Erbe des ursprünglichen Gläubigers von einer in mehreren Raten zahlbaren Forderung die erste Rate ein. Die Klage wird mittels Endurtheiles abgewiesen, weil — wie in den Gründen gesagt wird — der Anspruch des Erblassers überhaupt nicht zu Recht

besteht. Die Rechtskraft dieses Endurtheiles schließt die Anbringung einer Klage wegen der übrigen Raten oder einer Klage auf Feststellung des restlichen Anspruches nicht aus, denn der in die Entscheidungsgründe aufgenommene Ausspruch, daß die Forderung des Erblassers nicht zu Recht besteht, erwächst nicht in Rechtskraft. Ein Zwischenurtheil über den Grund des Anspruches würde jedoch absolut wirken und nicht blos die eben erwähnte Feststellungsklage, sondern auch eine Leistungsklage wegen der übrigen Raten hindern. Daher wird principielle Aberkennung mittels Zwischenurtheiles („dem Grunde nach") nur am Platze sein, wo nach Ansicht des Gerichtes eine Variation im Gegenstande belanglos ist, weil dem Kläger nicht blos weniger, als er in der Klage begehrt, sondern gar nichts gebührt. Sie ist insbesondere zu vermeiden bei Schadenersatzansprüchen, falls Kläger nach Ansicht des Gerichtes zwar nicht auf die begehrte, aber eine geringere Entschädigung Anspruch hat.

In dem Zwischenurtheile, das die Klage dem Grunde des Anspruches nach abweist (§. 393, Abs. 1), ist immer gleich über die Kosten zu erkennen. Sonst wäre, falls das Zwischenurtheil Rechtskraft erlangt und materiell Endurtheil wird, die Schöpfung eines Ergänzungsurtheiles wegen der Kosten nöthig (§. 423, Abs. 1) und zu diesem Zwecke neue mündliche Verhandlung mit besonderem Rechtsmittelverfahren. Die Textirung eines derartigen Zwischenurtheiles muß gleichfalls die Eventualität vorsehen, daß kein weiteres Urtheil nachfolgt. Es ist zu diesem Behufe im Zwischenurtheile zu sagen, daß ihm für den Fall, als es rechtskräftig wird, die Wirkungen eines Endurtheiles zukommen. Das kann am besten durch den Beisatz zur Sentenz geschehen: Falls dieses Urtheil rechtskräftig wird, ist der Proceß beendet o. ä. Sofern im Zwischenurtheile schon über die Kosten entschieden ist, bedarf dann der Beklagte nur mehr eines Zeugnisses über den Eintritt der Rechtskraft oder der Rechtskraftsclausel auf dem Zwischenurtheile, um mit Hilfe des letzteren ebenso wie sonst durch ein Endurtheil seine Rechtsposition wahren zu können. Dagegen wäre es unrichtig, diese Entwicklung vorwegzunehmen, indem man ein Urtheil, das Zwischenurtheil ist und materiell Endurtheil

werden kann, aus letzterem Grunde statt Zwischenurtheil „Endurtheil“ nennt. Zwischenurtheil kommt nur im Verfahren erster Instanz vor. Das Berufungsgericht kann nicht bei Berufung gegen ein Endurtheil die Berufung durch Zwischenurtheil über den Grund des Anspruches erledigen. Die andere Gruppe der Zwischenurtheile (über Zwischenantrag auf Feststellung, §. 393, Abs. 2) ist schon dadurch vom Berufungsverfahren ausgeschlossen, daß die Zwischenanträge auf das Verfahren erster Instanz beschränkt sind.

5. **Theilurtheil.** Wenn einer der in §. 391 bezeichneten Fälle eintritt, kann das Gericht Theilurtheil fällen. Ob Theilurtheil zu schöpfen ist, steht bei der vernünftigen Erwägung des Gerichtes. Es muß weder jedem darauf gerichteten Antrage der Parteien willfahren, noch ist Erlassung des Theilurtheiles von einem solchen Antrage abhängig: das Gericht kann sich aus eigener Initiative dazu entschließen.

Der interessanteste Anwendungsfall des Theilurtheiles ist die Entscheidung über den Klagsanspruch bei eingewendeter Gegenforderung (§. 391, Abs. 3). Diese Verwendung wird in dem Maße häufiger werden, als die früher traditionelle Auffassung schwinden wird, daß über eine nicht liquide Gegenforderung im Processe, in dem sie compensando eingewendet wird, überhaupt nicht zu entscheiden ist. Man soll nicht fragen, ob die Bestimmungen der Civilproceßordnung über die Behandlung der einredeweise geltend gemachten Gegenforderung eine Aenderung der civilrechtlichen Normen über die Compensation enthalten. Thatsache ist, daß nach der Civilproceßordnung über eine derartige Gegenforderung — mag sie mit dem Klagsanspruche im rechtlichen Zusammenhange stehen oder nicht — in jedem Falle der Proceß durchzuführen und mit Urtheil zu erkennen ist. Die Beobachtung dieser klaren Vorschrift, die dem früheren Proceßrechte allerdings zuwiderläuft, kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil bei mangelnder Liquidität der Gegenforderung §. 1438 a. b. G. B. die Compensation verbietet. Diese Ansicht würde Proceßrecht und materielles Recht durcheinanderwerfen. Die Austragung des Streites um die zur Compensation einge-

wendete Gegenforderung ist nicht Compensation und führt nicht nothwendig zur Compensation. Gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten tritt erst ein, wenn die durch Endurtheil liquid gemachte Gegenforderung als fällige Forderung der durch Theilurtheil dem Kläger zuerkannten fälligen Forderung zu einer Zeit gegenübertritt, wo letztere noch nicht berichtigt ist. So lange das Endurtheil über die Gegenforderung nicht rechtskräftig und die Leistungsfrist nicht verstrichen ist, kann ungestört auf Grund des Theilurtheiles Execution geführt werden. Das ist ein deutliches Zeichen, daß auch unter der Herrschaft der Civilproceßordnung mit einer nicht liquiden Forderung nicht compensirt werden kann. Der Richter hat sich also zunächst gar nicht zu kümmern, wie es mit der Compensation steht; das Gesetz (§. 391, Abs. 3) zeichnet ihm stricte den Weg vor, der einzuschlagen ist, sobald mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht wird.

Es ist eine eigene Sache um diese gesetzliche Vorschrift. Der Beklagte hat seinem Vorbringen die Form der Compensationseinrede gegeben, und als Einrede steht es natürlich in engster und strengster Abhängigkeit vom Klagsanspruche. Die Einredeform schadet nicht im Geringsten, sofern über den Klagsanspruch und die Gegenforderung gleichzeitig entschieden werden kann, vielleicht mit Hilfe eines nicht übermäßigen Aufschubes, um die Verhandlung über die Gegenforderung abzuschließen. Sie macht dagegen Schwierigkeiten, wenn eine gleichzeitige Entscheidung über beide Ansprüche daran scheitert, daß zunächst nur die Verhandlung über den Klagsanspruch zur Entscheidung reif ist. Mangels eines rechtlichen Zusammenhanges zwischen beiden Ansprüchen ergibt sich dann das Dilemma: das Urtheil über die Klage verzögern oder das Urtheil über die Gegenforderung ablehnen. Die Civilproceßordnung zerschneidet den Knoten. Sie gibt sozusagen von gesetzeswegen die Einredeform preis und läßt den darin verborgenen Feststellungsantrag frei hervortreten. Sobald über den Klagsanspruch durch Theilurtheil entschieden wird und infolge dessen für eine Einrede kein Boden mehr ist, verwandelt sich die Compensationseinrede in einen Antrag auf urtheilsmäßige Feststellung der Gegenforderung. Der Compensationszweck ist in

dem weiterlaufenden Processe und im Urtheile über die Gegenforderung nicht mehr wesentlich: wesentlich ist blos, über das Bestehen oder Nichtbestehen, eventuell über die Höhe der Gegenforderung im Sinne eines Feststellungsurtheiles zu entscheiden. Vorbehaltlich einer einzigen Ausnahme, auf die zurückzukommen ist, gibt demnach die anfängliche Erklärung des Beklagten, er wende die Gegenforderung in der Absicht der Compensation ein, dem Richter nicht das Recht, eine vom Compensationszwecke unabhängige Entscheidung über die Gegenforderung zu verweigern. Das Princip der Concentration, der möglichsten Arbeitserſparung, die Einsicht, daß die Erörterung über die Gegenforderung aus der Verhandlung über den Klagsanspruch meistens recht viel Nutzen werde ziehen können, mit einem Worte processuale Zweckmäßigkeitserwägungen waren für die Bestimmung des §. 391, Abs. 3 ausschlaggebend, nicht materiell-rechtliche Gesichtspunkte, nicht das Wesen und die Erfordernisse der Compensation. Mit jener früher angedeuteten Ausnahme muß infolge Einwendung einer Gegenforderung in allen Fällen im anhängigen Processe ein Endurtheil über diese Forderung ergehen: entweder wird in dem einen Endurtheile zugleich über die Klagsforderung und über die Gegenforderung entschieden, oder es wird über erstere Theil-, über letztere Endurtheil gefällt. Was geschieht, bestimmt sich nach dem Vorhandensein oder Fehlen eines rechtlichen Zusammenhanges der beiden Forderungen und nach dem Grade der Spruchreife der Verhandlung über sie. Ohne jeden Belang für die Frage, ob ein oder zwei Urtheile, ist es jedoch, ob über die Gegenforderung getrennt verhandelt wurde (§. 188). Für das Urtheil über die Gegenforderung gilt nur die eine Besonderheit: es erlangt blos bis zur Höhe des Betrages des Klagsanspruches Rechtskraft (§. 411, Abs. 1). Ob es gerade geboten oder ersprießlich war, diese Einschränkung aus dem deutschen Proceßrechte zu recipiren, steht dahin. Nun ist sie rechtens, mag über die Gegenforderung mittels separaten Urtheiles entschieden werden oder über Gegenforderung und Klagsanspruch gemeinsames Urtheil ergehen.

Weil die Compensation Ausgleichung zweier an sich selbstständiger Forderungen und Verbindlichkeiten ist, wird sich das

Urtheil über jede der beiden Forderungen einzeln aussprechen müssen. Und zwar über die Gegenforderung stets in dem vollen Umfange und Betrage, mit dem sie vom Beklagten im Processe geltend gemacht wurde, ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung nach der Proceßlage (Klagebegehren, Einschränkung des Klagebegehrens u. s. w.) auch in Ansehung des ganzen Betrages in Rechtskraft erwachsen kann. Das gehört auf ein anderes Blatt. Wo dem Endurtheile Theilurtheil über den Klagsanspruch vorausgeht, versteht sich der besondere Ausspruch über die Gegenforderung von selbst. Aber auch im gemeinsamen Endurtheile wird in dieser Weise zu sondern sein. Es ist also zuerst in der Sentenz über den Klagsanspruch zu entscheiden und sodann auszusprechen, ob und in welchem Betrage die Gegenforderung dem Beklagten zusteht. Im Falle der Compensation hat sich daran der Ausspruch zu reihen, daß die beiden Forderungen durch Compensation getilgt sind oder — sofern die Gegenforderung kleiner ist — daß der Beklagte verurtheilt wird, den nach Compensirung verbleibenden Rest der Klagsforderung zu bezahlen. Diese formelle Scheidung ist nicht blos das theoretisch Richtige, sondern sie ist vor Allem aus praktischen Gründen nothwendig. Sowohl die Entscheidung über den Klagsanspruch, wie die über die Gegenforderung muß nämlich für sich anfechtbar sein oder für sich allein rechtskräftig werden können, und nebstdem ist mit der Eventualität zu rechnen, daß infolge des Rechtsmittelzuges oder in anderer Weise einer der beiden Compensationsposten wegfällt oder sich ändert. Bei blos einseitiger Anfechtung erleichtert eine derartige Gliederung des Urtheiles die Aufgabe des Rechtsmittelgerichtes, hält jede Unklarheit ferne und verhindert das Uebergreifen des Rechtsmittels in die unangefochtene Urtheilssphäre. In dem Endurtheile, das nach vorausgegangenem Theilurtheile über die Gegenforderung geschöpft wird, ist stets über den *Bestand der Gegenforderung*, nicht aber nothwendig — obwohl die *Einrede* der Compensation dies im Grunde heischen würde — über die Aufrechnung oder über die Aufrechenbarkeit der Gegenforderung zu erkennen. Darin zeigt sich die früher erwähnte Ueberwindung der Einredeform durch den Feststellungsgedanken. Die Klagssumme kann inzwischen

schon mittels Zwangsvollstreckung beigetrieben sein, so daß Compensation gar nicht mehr möglich ist. Jedenfalls muß in der fortgesetzten Verhandlung erörtert werden, ob hinsichtlich des Klagsanspruches die Rechtskraft eingetreten ist, ob er noch unberichtigt ist und ob der Kläger mit der zwangsweisen Beitreibung einhalten will, ehe im Endurtheile ausgesprochen werden kann, daß und in welcher Höhe der mittels Theilurtheil zuerkannte Anspruch durch die Gegenforderung getilgt ist. Wenn das Gericht nach Erlassung des Theilurtheiles zu dem Schlusse kommt, daß die Gegenforderung nicht besteht, oder sich zum Mindesten von deren Rechtsbestand nicht überzeugen kann, ist im Endurtheile das Bestehen der Gegenforderung zu verneinen, nicht die Compensationseinrede zu verwerfen.

Wie verhält es sich mit der Fortsetzung der Verhandlung über die Gegenforderung, wenn der Klagsanspruch dem Kläger mittels Theilurtheil aberkannt wurde? Mit Fällung des Theilurtheiles streift das Vorbringen des Beklagten ohne dessen Zuthun die Einredeform ab. Von da an wird eigentlich ein selbstständiger Proceß über die Gegenforderung durchgeführt. Da dieser Proceßanhang nach dem Gesagten in keiner Weise mehr an den Compensationszweck gebunden ist, das condemnirende Theilurtheil die Compensation auch nicht verbürgt, so fehlt es an Gründen, die bedingungslos lautende Anordnung des Gesetzes über die Fortführung der Verhandlung einschränkend zu interpretiren. Selbst bei gänzlich abweisendem Theilurtheile wird über die Gegenforderung zu verhandeln und mit Endurtheil zu entscheiden sein. Diese Entscheidung behält, obwohl die Compensation definitiv abgeschnitten ist, als Feststellungsurtheil und Rechtskraftsquelle ihren Werth. Das wird durch die späteren Ausführungen noch klarer werden. Ein Argument für die dargelegte Ansicht dürfte es noch sein, daß es dem Beklagten immer freisteht, in dem Processe, in dem er eine Gegenforderung einwendet, einen rechtskräftigen Spruch über den Bestand dieser Gegenforderung zu erhalten. Das Mittel dazu ist der Zwischenantrag auf Feststellung (§§. 236, 259, Abs. 2). Dadurch verliert zugleich die Frage des Theilurtheiles an entscheidendem Einflusse. Sowie das Gericht Theilurtheil nicht er-

lassen will, erreicht der Beklagte durch den Zwischenantrag, daß in dem Endurtheile, das den Klagsanspruch unbedingt abweist, über den Bestand der Gegenforderung mit Rechtskraftswirkung (§. 411, Abs. 1) entschieden und also gegebenenfalls die Gegenforderung anerkannt werden muß.

Die urtheilsmäßige Entscheidung über die Gegenforderung hat innerhalb der Grenzen der Klagssumme alle Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheiles (§. 411, Abs. 1). Sie schafft positive Rechtskraft, so daß über die Gegenforderung bis zur Höhe des Klagsanspruches zwischen den Parteien nicht mehr anders entschieden werden kann, und sie hat wie jedes andere rechtskräftige Urtheil consumirenden Effect, indem sie im gleichen Umfange die streitablehnende exceptio rei judicatae begründet. Diese negative Function der Rechtskraft entwickelt das Urtheil jedoch nur gegenüber einer neuen Klage auf Feststellung der Gegenforderung, nicht gegenüber einer wegen der Gegenforderung angestrengten Leistungsklage. Sonst würde überall, wo Compensation nicht mehr möglich ist, durch ein nur feststellendes, nicht condemnirendes Urtheil über die Gegenforderung (§. 391, Abs. 3) der Beklagte thatsächlich um seinen Anspruch gebracht. Sollte der Kläger schon früher, als der Ausspruch über die Gegenforderung rechtskräftig geworden ist, auf Grund des condemnirenden Theilurtheiles Befriedigung gesucht und erlangt haben, so kann der Beklagte nicht anders einen Auftrag an den Kläger zur Bezahlung der Gegenforderung und die Festsetzung einer Leistungsfrist erwirken, als indem er wegen Bezahlung der Gegenforderung Klage erhebt. Dieser Klage steht nicht die exceptio rei judicatae entgegen, wohl aber kommt ihr das Endurtheil über die Gegenforderung durch die positive Function der Rechtskraft zu Gute: abgesehen von nachgefolgten Thatsachen wird es in solchem Falle kaum einen wahren Proceß geben. Wo der Klagsanspruch dem Kläger aberkannt wird, bestimmt sich die Rechtskraft des Urtheiles über die Gegenforderung nichtsdestoweniger nach der Summe der Klagsforderung.[1])

[1]) §. 411, Abs. 1, verb.: bis zur Höhe des Betrages ..., mit welchem aufgerechnet werden soll.

Es gibt — worauf schon hingewiesen wurde — nur einen Fall, in dem das einredeweise Geltendmachen einer Gegenforderung zu einem rechtskräftigen Urtheile über die Gegenforderung nicht führt. Dieser unus casus ist die Aberkennung des Klagsanspruches mittels Endurtheiles. Der Gegenanspruch des Beklagten behält hier endgiltig die Form der rechtsverfolgenden Einrede bei. Er kann sich davon nicht befreien, denn es fehlt das Theilurtheil, dem allein das Gesetz die Macht verliehen hat, jene Form zu lösen. Die Compensationseinrede verliert aber als etwas blos bedingungsweise beachtliches mit dem Verschwinden der Klagsforderung ihre principielle Voraussetzung. Eine gerichtliche Entscheidung über den nur secundär erheblichen Punkt ist unter solchen Verhältnissen ausgeschlossen. Auch das verschiebt sich wieder, sowie wegen der Gegenforderung Zwischenantrag gestellt wird, denn damit wird der Anspruch des Beklagten aus einem blos bedingten zum unbedingten Gegenstande richterlicher Cognition gemacht. Es muß dann darüber trotz Wegfalles der Klagsforderung entschieden werden, und es wird mit Rechtskraft entschieden. Da nun weder das Schicksal des Klagsanspruches im Voraus bestimmbar ist, noch sich voraussagen läßt, ob das Gericht Theilurtheil erlassen wird oder nicht, das Regelmäßigere vielmehr ein Proceßverlauf ist, der eine rechtskräftige Entscheidung über die Gegenforderung verheißt, so wird mit der Berufung auf die Gegenforderung in Ansehung ihrer die Streitanhängigkeit eintreten, und zwar von dem Augenblicke, als sie in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird (§. 232, Abs. 2). Was das Institut der Streitanhängigkeit verhüten will (§. 233, Abs. 1), wäre sonst jedesmal bei einredeweiser Geltendmachung der Gegenforderung zu befürchten. Es könnten über die Gegenforderung mehrere Processe nebeneinander gehen, es würden vor verschiedenen Richtern oder Senaten über denselben Anspruch gleichzeitig Verhandlungen stattfinden und Beweise aufgenommen werden. Gegen widersprechende Entscheidungen gäbe es keinen Schutz, so daß schließlich die Parteien über die Gegenforderung rechtskräftige Urtheile entgegengesetzten Inhaltes besitzen könnten. Und diese Gefahr steigert sich in dem Grade, als eine rechtskräftige Entscheidung über die Gegen-

forderung nach dem Obigen wahrscheinlicher ist. Wie die Rechtskraftswirkung dogmatisch, so begründet demnach der legislative Zweck der Streitanhängigkeit justizpolitisch die Ansicht, daß dem Erheben der Gegenforderung die Vollwirkung der Litispendenz beizulegen ist. Dabei ist jedoch zuzugeben: mit der einredeweisen Berufung auf die Gegenforderung ist noch keine absolut verläßliche Bürgschaft gegeben, daß es zu einer Entscheidung über die Gegenforderung kommen wird. Aber das trifft das ganze Institut der Streitanhängigkeit ins Herz. Um nur Eines zu erwähnen: die Klage begründet Streitanhängigkeit mit der Zustellung an den Beklagten (§. 232, Abs. 1), und dennoch behält einstweilen der Kläger durch Zurücknahme der Klage (§. 237) oder Verzicht auf den Klagsanspruch freieste Disposition über das Zustandekommen des Urtheiles. Die Streitanhängigkeit wird dadurch nicht gehindert. Nach Beginn der ersten Tagsatzung aber, also namentlich in der mündlichen Streitverhandlung, hat wieder der Beklagte auf die Art der Erledigung des Processes einen bestimmenden Einfluß, denn ohne Zustimmung des Beklagten kann nun die Klage nicht mehr zurückgenommen werden (§. 237). Vermöge Einschränkung der Rechtskraftswirkung kann Streitanhängigkeit für die Gegenforderung allerdings nur in der Höhe der Klagssumme eintreten. Bei übersteigender Gegenforderung läßt sich daher leider nicht ausschließen, daß zu gleicher Zeit über dasselbe Rechtsverhältniß in zwei verschiedenen Processen gestritten wird. Wenn auch nur der Rest der Gegenforderung eingeklagt wird, muß das Gericht in diesem Processe geradeso den Rechtsbestand der Forderung überhaupt prüfen und beurtheilen, wie infolge der Compensationseinrede. Darin zeigt sich am deutlichsten, wie wenig jene Einschränkung dem legislativen Gedanken des Institutes der Streitanhängigkeit und Rechtskraft entspricht. Doch wäre es zu weit gegangen, wenn man dieser einen unbefriedigenden Complication wegen der Compensationseinrede die Litispendenz überhaupt versagen wollte. Damit würde ein einzelner verletzender Zwiespalt zu einer allgemeinen Bedrohung der Rechtssicherheit ausarten. Jener Dissonanz wird man aber unter Umständen dadurch einigermaßen wehren können, daß man das Verfahren über die Gegen-

forderungsklage nach §. 190 (anhängiger präjudicieller Rechtsstreit) unterbricht.

Es ist eine bekannte Controverse, ob bei liquider Gegenforderung über den bestrittenen Klagsanspruch zu entscheiden oder die Klage ohne Beweisaufnahme abzuweisen ist, weil der Anspruch des Klägers entweder gar nicht entstanden oder infolge der Compensation erloschen ist. Diese Frage wird für das österreichische Proceßrecht übereinstimmend mit denjenigen zu beantworten sein, die ungeachtet der Liquidität der Gegenforderung die Durchführung des Processes über den Klagsanspruch und meritorische Entscheidung über das Klagebegehren für nothwendig halten.

Die Einrede der Gegenforderung und die Aufrechnung im Urtheile wird nicht dadurch gehindert, daß eine Klage wegen dieses Anspruches vor ein anderes Gericht gehören würde. Ein zur Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit berufener Gerichtshof dürfte z. B. eine an sich compensable und zu Recht bestehende Gegenforderung nicht deshalb unberücksichtigt lassen, weil letztere klagsweise vor dem Handelsgerichte hätte verfolgt werden müssen.

6. **Entscheidung in Säumnißfällen.** Diese vollzieht sich in der Regel ohne Reibungen und Schwierigkeiten, und es ist bis nun kaum Anlaß zu corrigirender Kritik. Die Casuistik des Versäumnißverfahrens ist gleichfalls nicht reichhaltig. Um Einiges daraus hervorzuheben: Im bezirksgerichtlichen Verfahren wird bei der ersten Tagsatzung, die gleich zur Streitverhandlung bestimmt ist, mit der Verhandlung begonnen und Beweis zugelassen. Der Beweis soll vor dem erkennenden Gerichte aufgenommen werden, zu dem Zwecke wird die Verhandlung vertagt. Falls nun der Beklagte die nächste Tagsatzung versäumt und vom Kläger Urtheilsschöpfung beantragt wird, dürfte nicht mit Uebergehung des Beweisbeschlusses Versäumungsurtheil nach §. 396 gefällt werden, sondern es ist mit Urtheil nach §. 399 zu erkennen. Obschon die Beweisaufnahme noch nicht angefangen hat, liegt doch kein Versäumniß der ersten Tagsatzung vor; das Versäumungsurtheil nach §. 396 ist aber auch im bezirksgerichtlichen Verfahren auf diesen engsten Thatbestand beschränkt (§. 442, Abs. 1). Trotz Nichterscheinens des Beklagten muß bei der erstreckten

Tagsatzung der Beweis aufgenommen und die Verhandlung mit dem allein anwesenden Kläger zu Ende geführt werden. Das Ausbleiben des Beklagten macht die bei der ersten Tagsatzung von ihm bestrittenen Behauptungen nicht wahr und beseitigt nicht deren Bestreitung. Ebenso wird man sich unter gleichen Voraussetzungen für das Verfahren in Bagatellsachen entscheiden müssen, obwohl hier der Beweisbeschluß nicht im Verhandlungsprotokolle beurkundet wird. Gerade aus letzterem Grunde ist es, um allen Eventualitäten gerecht zu werden, eine Pflicht der Vorsicht, den bei der ersten Tagsatzung vom Beklagten gegen die Klagsbehauptungen erhobenen Widerspruch im Falle einer Vertagung jedesmal zu protokolliren (§. 451, letzter Absatz). Damit ist in Verbindung mit der Klage das Gebiet für die Beweisaufnahme gekennzeichnet und abgesteckt und die Berücksichtigung des Widerspruches bei der Urtheilsfällung auch für Säumnißfälle gesichert (§. 399, Abs. 1). Diese Protokollirung der Erklärungen des Beklagten bricht zugleich allen Schwierigkeiten die Spitze ab, die daraus entstehen können, daß die zweite Tagsatzung, zu welcher der Beklagte nicht erscheint, vor einem anderen Richter abgehalten werden muß, als die erste. Denn die Protokollarbeurkundung behält für die neue mündliche Verhandlung vor dem neuen Richter ihre Wirkung (§. 412, Abs. 2). Der neue Richter wird dann trotz Ausbleibens des Beklagten fast immer denselben Beweisbeschluß fassen, wie der frühere Richter, die Beweise aufnehmen und Urtheil schöpfen. Ohne Beurkundung des Widerspruches geräth er dagegen in einen kaum lösbaren Conflict zwischen der Vorschrift des §. 396 (§. 442, Abs. 1), die er nicht anwenden darf, und der Vorschrift des §. 399, Abs. 1 (§. 442, Abs. 2), die er nicht anwenden kann.

Die Tagsatzung, die infolge von Einwendungen gegen einen Zahlungsauftrag im Mandats- oder Wechselverfahren (§§. 552 und 559) oder gegen eine Kündigung (§. 571) anberaumt wurde, kann nicht der ersten, auf Grund der Klage anberaumten Tagsatzung gleichgestellt werden. Denn die Partei, welche die Mandats- oder Wechselklage angebracht hat, oder die kündigende Partei, nicht diejenige, welche die Einwendungen anbringt, ist Kläger oder als Kläger anzusehen (§. 571, Abs. 2). Es trifft hier die Analogie

der Tagsatzung zu, die nach der Klagebeantwortung zur mündlichen Streitverhandlung angeordnet wird. Das Versäumen einer solchen Tagsatzung ist deshalb nach der Vorschrift des §. 399 (§. 442, Abs. 2) zu beurtheilen und nicht wie Versäumen der ersten Tagsatzung (§§. 396 und 442, Abs. 1) zu behandeln.

Das Präjudiz der poena confessi ist strenge auf das Versäumen der ersten Tagsatzung beschränkt (§§. 396, 442, Abs. 1). Es erstreckt sich nicht auf die thatsächlichen Anführungen der Klagebeantwortung, falls Kläger im Gerichtshofsverfahren zur mündlichen Streitverhandlung nicht erscheint. Auf die Anführungen der Klagebeantwortung ist nur Bedacht zu nehmen, wenn Beklagter sie auch bei der mündlichen Streitverhandlung vorbringt (§. 399, Abs. 1). Ob sie für wahr zu halten sind, hat das Gericht nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen (§§. 272, Abs. 1; 267, Abs. 1). Sehr häufig wird praktisch die Consequenz der klägerischen Säumniß die sein, daß das Gericht jene Anführungen für wahr annimmt. Dies ist aber dann Folge der richterlichen Beweiswürdigung, nicht eine Rechtsfolge der Säumniß. Das Nichterscheinen des Klägers befreit demnach in solchem Falle das Gericht keineswegs von der Pflicht der Wahrheitsbeurtheilung. Soferne sich das Gericht anders zur Wahrnahme nicht entschließen kann, muß trotz Ausbleibens des Klägers Beweisbeschluß gefaßt werden. Wegen Säumniß des Beklagten darf weder die mangelnde Schlüssigkeit der Klage, noch die mangelnde thatsächliche Begründung des Klagsanspruches oder seiner Ziffer übersehen werden. In einer Schädenklage wird beispielsweise Ersatz eines bestimmten Betrages begehrt, ohne daß Thatsachen zur Rechtfertigung der Höhe des begehrten Schadenersatzes angegeben oder die Voraussetzungen der freien richterlichen Schadensliquidirung (§. 273) vorhanden wären. Der allein erschienene Kläger müßte entweder bei der Tagsatzung in seinem mündlichen Vortrage die Begründung seines Anspruches ergänzen oder ungeachtet der gegnerischen Säumniß mit seinem Anspruche abgewiesen werden. Bei der Ergänzung ist zu berücksichtigen, daß neues thatsächliches Vorbringen der erschienenen Partei, das mit dem Inhalte von ihr überreichter Schriftsätze oder früherer Erklärungen im Widerspruche steht, nur unter ge-

wissen Bedingungen bei der Urtheilsfällung beachtet werden darf (§§. 399, Abs. 1; 442, Abs. 2). Namentlich Klagen aus Ratengeschäften gegenüber wird das Erforderniß genügender Substantiirung der begehrten Entschädigungsbeträge und Abnützungsgebühren aus bekannten Gründen sehr ernst zu nehmen sein.[1])

Aenderung der Klage im bezirksgerichtlichen Verfahren fällt nur dann unter die Vorschrift des §. 442, Abs. 2, wenn sie mit Aenderung oder Ergänzung des thatsächlichen Vorbringens der Klage verbunden ist. Der zur ersten Tagsatzung allein erscheinende Kläger z. B. ändert mit Genehmigung des Gerichtes die Klage (§. 235, Abs. 3). Sofern dies ohne neue thatsächliche Anführungen geschieht, wird der Beklagte bei der Ladung zur neuerlichen Tagsatzung zwar von der Klagsänderung zu benachrichtigen sein, die Mittheilung einer Protokollsabschrift ist jedoch nicht erforderlich.

7. Einige andere Fragen des Urtheils. Die Einschränkung des Klagebegehrens durch Herabsetzung des in der Klage angesprochenen Betrages braucht nicht immer Verzicht auf einen Theil des Anspruches zu sein. Nur sofern sie Verzicht ist — was concret nach der Veranlassung der Restringirung zu beurtheilen wäre — kann auf Antrag des Beklagten Theilurtheil gefällt werden (§. 394, Abs. 2). Ein Verzichtsurtheil wird daher nicht geschöpft werden dürfen, wenn das Klagebegehren in der Hauptsache eingeschränkt wird, weil z. B. die Verhandlung zeigt, daß Kläger sich bei Berechnung seines Anspruches geirrt hat, von unrichtigen Ansätzen ausgegangen ist, Abzugsposten nicht berücksichtigt hat u. dgl. m.

Die Parteien können die Frist für die Erfüllung eines Urtheiles, das zu einer Leistung condemnirt, unter sich beliebig bestimmen und zumal die gesetzliche Frist verlängern. Das Gericht darf aber jedenfalls, und zwar selbst wenn ihm die abweichende Parteivereinbarung bekanntgegeben wurde, nur die gesetzliche Leistungsfrist (§§. 409, Abs. 1; 555, Z. 1, u. a.) im Urtheile anordnen. Wollte der Kläger ungeachtet des Abkommens mit dem Gegner, auf das Urtheil gestützt, vor Ablauf der vereinbarten

[1]) Bloch, a. a. O., S. 119f. (S.-A. S. 23f.).

längeren Leistungsfrist Execution führen, so wäre der Vereinbarung durch einen Einstellungsantrag nach §. 39, Z. 6 Exec.-O. zur Anerkennung zu verhelfen.

Das Urtheil, das einen Gegenstand zuerkennt, der nicht in einem Geldbetrage besteht, muß aussprechen, daß sich die verurtheilte Partei von der Leistung dieses Gegenstandes durch Zahlung des vom Kläger bezeichneten Abfindungsbetrages befreien kann (§. 410). Diesen Betrag kann das Gericht nicht mäßigen, wenngleich er offenbar zu hoch gegriffen ist. Denn die Ablösungssumme wie überhaupt die ganze Ablösung steht jenseits des richterlichen Urtheiles, ist ein rein vertragsmäßiges Element, auf das der Richter keinen Einfluß hat. Abgesehen vom Mäßigungsrechte ist die richtige Charakterisirung des Abfindungsvorbehaltes auch dann von Wichtigkeit, wenn das Gericht die Aufnahme der Erklärung des Klägers ins Urtheil vergessen hätte. Es kann deswegen nicht Ergänzung des Urtheiles (§. 423) begehrt werden. Es fehlt nämlich hier nicht, wie es das Gesetz für das Ergänzungsurtheil verlangt, die Entscheidung über einen der richterlichen Aburtheilung unterliegenden Anspruch, sondern blos die Mittheilung einer Offerte des Klägers, auf die sich die richterliche Prüfung nicht erstreckt. Ferner könnte aus dem gleichen Grunde wegen eines solchen Uebersehens das Urtheil nicht durch Berufung angefochten und aus dem Titel der unvollständigen Erledigung der Sachanträge (§. 496, Z. 1) aufgehoben werden. Die nachträgliche Einschaltung des Vorbehaltes der Geldleistung ist vielmehr, da blos eine redactionelle Lücke auszufüllen ist, durch Berichtigung des Urtheiles (§. 419) zu bewerkstelligen. Sofern ein im Gerichtshofsverfahren bei der ersten Tagsatzung gefälltes Urtheil durch eine nachträgliche Entscheidung zu ergänzen ist (§. 423), hat der Richter, der die erste Tagsatzung abgehalten hat, und nicht der Senat das Ergänzungsurtheil zu schöpfen.

Infolge Bezahlung des eingeklagten Betrages sammt Zinsen schränkt sich der Gegenstand des Rechtsstreites auf die Proceßkosten ein, so daß bei der Tagsatzung blos über diese Kosten streitig verhandelt wird. Die Form der Proceßerledigung

erfährt dadurch keine Aenderung. Wiewohl die Entscheidung nur die Kosten betrifft, muß sie dennoch in Urtheilsform ergehen. Weil aber das Urtheil nichts als die Entscheidung über den Kostenpunkt enthält, kann es nur mit Recurs angefochten werden. Gegen die Bestätigung des Kostenzuspruches in der zweiten Instanz gibt es kein weiteres Rechtsmittel (§. 528, Abs. 1).[1])

8. **Urtheilszustellung.** Die Zustellung des Urtheiles an den Beklagten, der nicht durch einen Anwalt vertreten ist, bereitet zuweilen wegen Wohnungs- oder Wohnortswechsel Schwierigkeiten. Namentlich in Säumnißfällen weiß sich der Beklagte oft mit solchen Mitteln einige Zeit der Urtheilszustellung zu entziehen. Es wäre unrichtig, wenn man in einem derartigen Falle, wie nach früherem Proceßrechte, den Kläger von der Unbestellbarkeit des Urtheiles benachrichtigen und im Uebrigen die Sache liegen lassen wollte, bis der Kläger wegen des weiteren Vorgehens einen Antrag stellt. Würde dies vom Standpunkte des Gesetzes nicht genug sein, so wäre es andererseits wieder zu viel, wenn das Gericht die amtliche Ermittlung des jetzigen Wohnortes des Beklagten, etwa durch Anfrageschreiben an das Wohnungsmeldeamt o. ä. versuchen wollte. Das Gesetz ordnet einen anderen Vorgang an. Sobald die Klage dem Beklagten ordnungsmäßig zugestellt wurde, ist auch das Urtheil unter derselben Adresse zuzustellen, und zwar, falls Ersatzzustellung nicht ausführbar ist, durch Niederlegung beim Post- oder Gemeindeamte (§. 111). Die Urtheilszustellung kann sonach trotz Unauffindbarkeit des Beklagten wirksam erfolgen und muß nach dem Gesetze ohne Pausen und unnöthiges Zwischenspiel vom Gerichte aus eigener Initiative ausgeführt werden.

So lange die Vollmacht eines Proceßbevollmächtigten nicht aufgehoben ist, soll das Urtheil dem Bevollmächtigten, nicht unmittelbar der Partei zugestellt werden (§. 93, Abs. 1). Es wäre mit der Ordnung des Verfahrens unverträglich, wenn die Zustellungen sowohl an die Partei, als an den Bevollmächtigten

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. März 1899, Jurist. Blätt. 1899, Beilage S. 362.

vorgenommen werden könnten.[1]) Hat jedoch die Partei das — gegen diese Bestimmung — ihr selbst zugestellte Urtheil angenommen, so treten damit alle gesetzlichen Wirkungen der Zustellung ein, und es kann letztere oder das weitere Verfahren nicht deshalb nichtig erklärt werden. Die Ordnungsvorschrift des §. 93, Abs. 1 hebt mit anderen Worten die juristische Einheit von Partei und Proceßbevollmächtigtem nicht auf; man kann nicht die Zustellung an die Partei selbst wie eine Zustellung an beliebige, dem Processe fremde Personen behandeln. Die Partei, die das Urtheil in Empfang genommen hat, kann daher auch nicht nachträglich durch ihren Proceßbevollmächtigten beantragen, es sei das Urtheil, das — wie der Antrag zeigt — sowohl der Partei wie ihrem Rechtsfreunde bereits bekannt ist, nunmehr ordnungsgemäß dem Proceßbevollmächtigten zuzustellen. Das wäre ebenso widersinnig wie offenbar muthwillig.

Der Tod des Beklagten ist für die Urtheilszustellung ein Hinderniß, wenn der Beklagte weder durch einen Advocaten, noch durch eine andere mit Proceßvollmacht ausgestattete Person vertreten wird. Um die Urtheilszustellung auszuführen, muß dann Aufnahme des durch den Tod des Beklagten unterbrochenen Verfahrens stattfinden (§. 155). Für den Verstorbenen dürfte nicht, wie etwa für Personen unbekannten Aufenthaltes, ein Curator bestellt werden (§. 116), um diesem das Urtheil auszuhändigen. Eine derartige Zustellung an den Curator wäre unwirksam.

[1]) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe der Civilproceßordnung, Materialien I, S. 232.

X.

Das Berufungsverfahren.

Das Berufungsverfahren stellt die Praxis vor schwierige Aufgaben, denn es ist ein complexes Verfahren. Das Zusammenfassen sich fliehender Kräfte oder Gedanken in eine Form schafft aber immer die ernstesten Probleme, mag die Form Mensch, Staat, Gesellschaft oder wie sonst heißen. Früher bedeutete das Rechtsmittelverfahren im Grunde nichts als noch mehr Schriften, weiteres Fortspinnen der Discussion, deren Ausdehnung auf das Urtheil. Das neue Verfahren wird, soweit die Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung reichen, stark durch die geistige Persönlichkeit der daran Betheiligten, namentlich des Richters bestimmt. Bei Fortsetzung in der Berufungsinstanz ändert sich daher das Maß. Proceßleitung, Construction des Falles, Sachverhaltsermittlung, Wahrheitsprüfung, in allem dem würde vielleicht das Berufungsgericht vom ersten Richter abweichen, wenn es nur seinen eigenen Anschauungen nachgehen, jede Sache völlig neu verhandeln dürfte. Daraus, daß dies aus praktischen Gründen nicht möglich ist, entsteht das Gezwungene, Uneinheitliche, Fragmentarische des Berufungsverfahrens. Das Berufungsgericht kann neu verhandeln, Beweise aufnehmen, in der Proceßleitung und Beweiswürdigung seine Ueberzeugung und Auffassung walten lassen, aber die gegen das Urtheil erhobene Beschwerde umgrenzt — von den Nichtigkeiten abgesehen — nach Belieben der Partei, was das Berufungsgericht zu untersuchen und zu entscheiden und was es als gegeben hinzunehmen hat. Diese Vereinigung von Zwang, Gebundenheit und Freiheit ist ebenso mißlich für das Recht — wenn man an die allgemeine Verwirklichung der Rechtsordnung denkt — wie für das Gericht. Das Widerstreben gegen sie ist es hauptsächlich, was das Postulat der

sogenannten vollen Berufung weckt und nährt. Selbstverständlich beseitigt aber auch die volle Berufung das Zwiespältige niemals ganz, da es kaum oft vorkommen dürfte, daß das erstrichterliche Verfahren und Urtheil ohne jede Einschränkung, in allen seinen Theilen angefochten wird. Sowie aber irgend etwas aus erster Instanz unangefochten bleibt, kann auch das Berufungsgericht nicht mehr allein der eigenen Ueberzeugung und Rechtsansicht folgen, es ist principiell und thatsächlich nicht mehr frei. Für uns ist jene Combination keine legislative Frage, sondern eine gegebene gesetzliche Einrichtung. Was aber während der Periode der Reformarbeiten für die Erweiterung der Function und der Befugnisse des Berufungsgerichtes vorgebracht wurde, kehrt nun als Tendenz der Praxis wieder. Dies bringt es mit sich, daß ein Guttheil der berufungsgerichtlichen Arbeit zunächst durch die Casuistik des Ineinandergreifens der mündlichen Verhandlung erster Instanz und der mündlichen Berufungsverhandlung in Anspruch genommen wird. Allen Anzeichen nach befindet sich die Praxis hiebei fast überall auf richtiger Fährte.

1. **Erhebung der Berufung.** Die wesentlichen Erfordernisse und der wesentliche Inhalt der Berufungsschrift sind im Gesetze vorgeschrieben (§. 467). Die Berufungsschrift muß diesen Anforderungen gerecht werden, oder es muß, soweit das Gesetz eine lex perfecta ist, die Berufung verworfen werden (§. 471, Z. 2 und 3). Jeder andere Ausweg ist versperrt: der Mangel eines Berufungsantrages (§§. 467, Z. 3; 471, Z. 3) kann deshalb in keinem Falle nachgesehen werden. Desgleichen muß die Berufung im Vorverfahren verworfen werden, wenn dem Berufungsantrage die Bestimmtheit fehlt. Es wird z. B. nur beantragt, die Acten dem Berufungsgerichte zur Entscheidung vorzulegen, oder ganz allgemein Abänderung des erstrichterlichen Urtheiles und Zulassung angebotener Beweise begehrt. Ebenso wenig läßt sich die deutliche Anführung der Berufungsgründe (§§. 467, Z. 3; 471, Z. 3) nachsehen. Ein nicht zum Besten gerathener Berufungsantrag wird vielleicht zuweilen mit Hilfe der Berufungsgründe noch gerettet werden können, die Berufungsgründe aber sind absolut unersetzlich. Ihre Einzelangabe kann insbesondere nicht durch Ableitung aus

dem Berufungsantrage supplirt werden. Das Billigkeitsgefühl versucht derlei Irrungen und Unvollkommenheiten damit zu entschuldigen, daß das Recht nicht unter Formverstößen leiden dürfe. Dieser Gedanke wäre als eigenmächtiger Gedanke der Praxis, als ein Gedanke, welcher der Praxis im einzelnen Falle über das Gesetz hinweghelfen soll, unbedingt zu verwerfen, mag er sonst selbst wahr sein. Aber er ist gar nicht in dem Maße wahr, als es Manchem scheint. Die juristische Formenlehre ist nicht so einfach, daß man für die Formen Gattungsregeln aufstellen, in irgend einer Beziehung von den Formen schlechthin allgemein Giltiges sagen könnte. Oft ist es gerade die Form, die monistisch das Leben des Rechtsinstitutes in sich trägt, so daß ihre Verletzung unerbittlich das Recht selbst vernichtet. Mit Fug würde ein Gesetz unpraktikabel gescholten werden, das normiren wollte, die Verletzung „wesentlicher" Formen habe diese, die Verletzung „unwesentlicher" Formen jene Rechtsfolgen. Denn es würde die Praxis zu den schwierigsten wissenschaftlichen Untersuchungen über die Bedeutung der einzelnen Formen verpflichten, zu Untersuchungen, die zudem wegen des umfassenden Materiales, das bei der Schlußfolgerung zu verarbeiten wäre, auf ziemlich unsichere Ergebnisse rechnen müßten. Und diese Unterscheidungen und Untersuchungen sollten nun gar einem Gesetze gegenüber beabsichtigt oder auch nur gerechtfertigt sein, das eine bestimmte Form ausdrücklich anordnet und sie unter den Schutz von Rechtsnachtheilen gestellt hat? Drückt sich nicht eben im letzteren klar genug aus, daß das Gesetz die Form als wesentlich und deren Beobachtung als nothwendig und unerläßlich ansieht? Würde sie anders die Form zum Rechte erheben, oder was soll sonst der Zwangscharakter der Form? Welches Verhältniß positiv zwischen Recht und Form bestehen soll, darüber nachzudenken ist Sache der Gesetzgebung. Hat diese gesprochen, so gibt es vom Gesichtspunkte der Gesetzesbefolgung überhaupt nicht mehr Form und Recht, sondern nur Normen von verschiedener Zwangsstärke. Das ist bei der Berufung und Revision ebenso zu beherzigen, wie bei der Wiedereinsetzung. Mit jenem Gegensatze und der geringschätzigen Herabwürdigung der Form könnte man schließlich — wie in einer letzthin

veröffentlichten Revisionsentscheidung zutreffend hervorgehoben wird — das gesammte Proceßrecht aus den Angeln heben.[1])

Gesetzliche Formvorschriften schließen richterliches Ermessen in Bezug auf die obligat erklärten Formen begrifflich aus. Zweck der Ueberweisung an das richterliche Ermessen ist: es soll nur das innere sachliche Bedürfniß des einzelnen Verhältnisses schalten. Das würde, auf die Proceßhandlungen und ihre Form bezogen, dem Gerichte eine fast übermenschliche Arbeit und Mühe auflasten und in das gerichtliche Verfahren heillose Unsicherheit und Willkür hineintragen. Der Rechtsschutz fordert seiner Function, des zu schützenden Rechtes halber, leicht handbare Formen, geprägt nach allgemeinen typischen Durchschnittskriterien, und Beobachtung dieser Formen. Der Höhepunkt souveränen Hinwegschreitens über die gesetzlichen Formen des Rechtsmittelverfahrens wäre es wohl, wenn aus Schonung der Parteiabsichten selbst der Unterschied zwischen Berufung und Recurs ausgetilgt werden wollte. Ein Beispiel. Gegen ein Urtheil erster Instanz wird nur im Kostenpunkte Beschwerde erhoben, diese jedoch von der Partei unrichtig in die Form der Berufung gekleidet, statt Recurs anzubringen (§. 55). Das Berufungsgericht wäre nicht befugt — die Sache, das Recht über die Form setzend! — die verfehlte Form in Gnaden nachzusehen, die Berufung als Recurs zu behandeln und über die Beschwerde meritorisch zu entscheiden. Damit würde es sich ein Ermessen vindiciren, welches ihm das Gesetz nicht verleiht. Die Berufung ist hier ohne Zweifel unzulässig. Unzulässige Berufungen sind aber im Vorverfahren zu verwerfen (§§. 471, Z. 2; 474, Abs. 2), gleichgiltig, in welcher anderen Form etwa ihr Inhalt sich zum Gegenstande gerichtlicher Cognition geeignet hätte. Dies hat auch der oberste Gerichtshof zuletzt anerkannt.[2])

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 13. Juli 1898, Z. 9838, Centralbl. für die jur. Prax. 1899, S. 172: Die Partei kann sich nicht über Formalismus beschweren, wenn die Berufung infolge unrichtig gestellter Anträge verworfen wird. Die Civilproceßordnung setzt die Formen, in welchen sich der Proceß bewegen muß, genau fest; eine Nichtbeachtung dieser Vorschriften würde zu einem formlosen Verfahren führen.

[2]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 10. August 1898, Z. 10905, J.-M. V.-Bl. Nr. 1489. — Mit Recht erklärt dagegen die Ent-

Warum das Gesetz einen bestimmten Berufungsantrag und eine bestimmte Bezeichnung der Berufungsgründe will, ist klar. Ebenso, daß es sich dabei keinesfalls nur um eine Form handelt, man müßte denn wirklich die gut vorbereitete, einheitliche, concentrirte mündliche Berufungsverhandlung als Formsache betrachten. Der proceßtechnische Zweck der Vorschrift des §. 467, Z. 3 enthält zugleich einen beachtenswerthen Fingerzeig für deren Auslegung. Nicht auf das Versehen im Worte — etwa nach Art der altrömischen Pontificaljurisprudenz — ist die Rechtsfolge der Berufungsverwerfung gesetzt. Die Partei stellt z. B. in der Berufungsschrift keinen bestimmten Antrag, sondern erklärt nur, sie werde bei der mündlichen Berufungsverhandlung die Aufhebung des ersten Urtheiles beantragen. Es ist ein Doppeltes möglich. Der Inhalt der Berufungsschrift läßt keinen Zweifel, wie der angekündete Berufungsantrag allein lauten kann und lauten wird, so daß der Vorbehalt mündlicher Antragstellung sachlich belanglos ist. Oder: es ist infolge des Vorbehaltes einstweilen thatsächlich ungewiß, mit was für einem Berufungsantrage die Partei bei der mündlichen Berufungverhandlung auftreten wird. Im letzteren Falle ist die Verwerfung der Berufung im Vorverfahren nicht zu umgehen, im ersteren Falle kann die Berufung angenommen werden. Sicher wird man also eine derartige Ankündigung nicht schlechthin als Ersatz für den Berufungsantrag in der Berufungsschrift betrachten dürfen. Noch mehr würde die Folgerung fehl greifen: weil das Gesetz die Berufungsschrift als vorbereitenden Schriftsatz auffaßt (§. 467, Abs. 1), hat die Berufungsschrift überhaupt nur das Vorbringen und die Anträge für die mündliche Berufungsverhandlung anzukündigen, entscheidend ist erst die thatsächliche Antragstellung in der mündlichen Berufungsverhandlung. Das würde ebenso wohl der speciellen Norm über die Einrichtung der Berufungsschrift (§. 467) widersprechen, wie der allgemeinen Vor-

---

scheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. Juli 1899, Z. 10239 (Centralblatt für die jur. Prax. 1899, S. 903), daß die Berurtheilung der unterliegenden Partei wegen offenbar muthwilliger Proceßführung (§. 408) keine Entscheidung im Kostenpunkte und deshalb auch für sich allein nur mittels Berufung anfechtbar ist.

schrift über die vorbereitenden Schriftsätze, wonach der Schriftsatz die Anträge zu enthalten hat, welche die Partei bei der mündlichen Verhandlung zu stellen beabsichtigt (§. 78, Z. 1). Also den vollen, fertigen Antrag selbst, nicht eine Skizze oder ein Project des Antrages oder eine Andeutung darüber. Aehnlich steht es mit der Verwechslung von Aufhebung und Abänderung des Urtheiles, die in den Berufungsschriften mitunter vorkommt, oder mit dem Antrage auf Abänderung, der darüber schweigt, welche Abänderung des Urtheiles begehrt wird. Das sind übrigens Unterscheidungen, in die sich jeder Jurist spielend hineinfindet; und ein Verfehlen darin ist fast ausgeschlossen, sowie man sich ernstlich Mühe gibt, zu untersuchen, aus welchen bestimmten Gründen das Urtheil anfechtbar ist. Das Gericht hat daher wenig Ursache, hierin allzu große Nachsicht zu üben. Im Gegentheile. Für die Rechtspflege und alle daran Betheiligten kann es nur von Nutzen sein, wenn die Parteien, d. h. deren Vertreter daran gewöhnt und dazu gedrängt werden, sich vor Erhebung der Berufung genau darüber Rechenschaft zu geben, was an dem Urtheile, mit dem sie unzufrieden sind, oder an dem Verfahren erster Instanz wirklich dem Gesetze nicht entspricht, was daran verletzend, irrthümlich ist. Den Berufungsantrag darnach zu bilden und die zur Präcisirung des Antrages unentbehrlichen Berufungsgründe zu bezeichnen, das ist ein Reservat der Parteien. Das müssen sie ebenso ausschließlich auf ihre Verantwortung nehmen, wie die Formulirung des Klagsantrages, mit dem man den Berufungsantrag mit Recht verglichen hat.[1]) Aber eher noch vermöchte das Gericht nach geschilderten thatsächlichen Verhältnissen den Klagsanspruch auszubauen und zu ergänzen, als es wissen und an Stelle der Partei angeben kann, womit, wie weit und aus welchen Gründen der Spruch des ersten Richters die Rechte der Partei kränkt. Daher wird man die Verwechslung von Aufhebung und Abänderung des Urtheiles oder einen zu allgemeinen, unbestimmten Abänderungsantrag nur insoferne hingehen lassen dürfen, als dies blos ein

[1]) Beißer, Die Nova im Berufungsverfahren, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1898, S. 390 (S.-A. S. 12f.).

Redactionsmangel, eine nicht oder minder gelungene Formulirung des Berufungsantrages ist. Dagegen Verwerfung der Berufung, wie sie das Gesetz befiehlt, wo die Mangelhaftigkeit des Berufungsantrages im falschen Ziele und in der falschen Richtung der gegen das Urtheil erhobenen Beschwerden selbst ihren Grund hat oder überhaupt nicht motivirt ist, wo sie sich also nicht als blos fehlerhafte Fassung nehmen läßt. Da gibt es keine Ab- und Nachhilfe durch das Gericht.

Für die Prüfung, ob der nicht correcte Berufungsantrag hingenommen werden kann oder Verwerfung der Berufung eintreten muß, ist nach der Structur des Berufungsverfahrens einzig die Berufungsschrift maßgebend. Läßt sich nach deren Inhalte gewissenhaft behaupten, der Berufungsantrag sei trotz seiner unvollkommenen Fassung ein bestimmter und rechtlich möglicher, so darf das Berufungsverfahren weitergehen; genügt der Inhalt der Berufungsschrift hiezu nicht, so ist die Verwerfung der Berufung unerläßlich. Mit den Aufklärungen und taktischen Veränderungen in der mündlichen Berufungsverhandlung darf dabei nicht gerechnet werden; sonst hätte das Gesetz die Zurückweisung mangelhaft instruirter Berufungen nicht in das Vorverfahren verlegt. In der Berufungsschrift ist z. B. Aufhebung des Urtheils und Abweisung der Klage beantragt. Vielleicht ist das nur ein Versehen im Ausdrucke, eine juristische Unklarheit, die stilistische Auflösung eines einheitlichen Gedankens in einen formalen Gegensatz. Dann wird der blos scheinbare Widerspruch im Berufungsantrage kein Hinderniß für das Berufungsverfahren sein. Sonst aber müßte die Berufung im Vorverfahren verworfen werden. Unter keiner Bedingung ließe sich die Fortsetzung des Berufungsverfahrens damit rechtfertigen, daß sich die beiden Anträge zwar widersprechen, aber dieser Mangel in der mündlichen Berufungsverhandlung durch Zurücknahme des Antrages auf Urtheilsaufhebung geheilt werden könne. Wie sich der Berufungsgegner in seiner Mittheilung über die Mängel der Berufungsschrift ausläßt, ist ebenfalls nebensächlich. Das Gericht hat die Gesetzmäßigkeit der Berufungsschrift von amtswegen zu beurtheilen und von amtswegen die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung des Gesetzes auszusprechen.

Im Wesentlichen die nämlichen Gesichtspunkte sind für die Revisionsschrift maßgebend (§. 506).[1])

Die Berufung wird durch Schriftsatz erhoben oder — an Orten, an welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben — durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (§. 465). Letzteres ist nicht ein Theil der mündlichen Streitverhandlung, sondern ein Beurkundungsact für sich, der von jedem beliebigen Richter und zu jeder Zeit innerhalb der Berufungsfrist vorgenommen werden kann. Wenn eine Partei nach Verkündung des Urtheiles erklärt, sie erhebe gegen das Urtheil Berufung, sie melde die Berufung an, sie behalte sich die Rechtsmittel gegen das Urtheil vor o. ä., so ist dies weder in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen, noch ist es überhaupt beachtlich. Nicht anders steht es mit der Erklärung einer Partei, sie halte sich die Berufungsfrist offen. Denn trotz aller derartiger Erklärungen kommt es einzig auf die thatsächliche rechtzeitige, ordnungsgemäße Erhebung der Berufung an; ohne solche Erhebung der Berufung ist die Sache aus, ungeachtet protokollirter Anmeldungen und Fristenvorbehalte. Der protokollirten Berufungsanmeldung dürfte daher auch nicht die Wirkung beigemessen werden, daß mangels rechtzeitiger Berufungserhebung wegen dieser Anmeldung die Acten dem Berufungsgerichte vorzulegen sind und dieses die „Berufung" zu verwerfen hat.

Jeder Partei ist im Berufungsverfahren nur ein einziger vorbereitender Schriftsatz freigelassen. Vor der Streitverhandlung im Gerichtshofsverfahren erster Instanz können zwar nebst der Klage und Klagebeantwortung noch weitere vorbereitende Schriftsätze angebracht werden, aber die analoge Anwendung dieser Vorschrift im Berufungsverfahren würde sich mit den decidirten Bestimmungen über die Berufungsschrift und die Mittheilung des Berufungsgegners (§§. 465, 468, Abs. 2) nicht vertragen. Die Zahl der vorbereitenden Schriftsätze im Berufungsverfahren kann nicht beliebig vergrößert werden. Ein vorbereitender Schriftsatz, den

[1]) Vgl. darüber meinen Aufsatz „Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz", a. a. O., S. 78.

der Berufungswerber zur Beantwortung der Mittheilung des Berufungsgegners überreicht, wäre somit vom Gerichte zurückzuweisen; er dürfte nicht dem Gegner zugestellt werden. Und zwar würde dieser zweite Schriftsatz des Berufungswerbers unzulässig sein, ob er nun neue thatsächliche Behauptungen und Beweisanbietungen enthält oder blos Erklärungen über die Mittheilung des Berufungsgegners.

Die Frage, ob ein zur Beseitigung von Formgebrechen zurückgestellter Schriftsatz (§§. 84, 85) von der Partei inhaltlich geändert werden dürfe, wird relativ häufig für die Berufungsschriften actuell. In Würdigung aller dafür vorgebrachten praktischen Erwägungen und Rücksichten wird man die Möglichkeit inhaltlicher Correcturen für den Fall zugeben können, als die Berufungsschrift oder allgemeiner der Schriftsatz ohne Beiziehung eines Advocaten verfaßt und ohne dessen Unterschrift eingebracht worden ist.[1]) Wo der gegründete Verdacht besteht, daß die Gebrechen des Schriftsatzes nicht zufällige, ungewollte sind, eher den Zweck einer Fristverlängerung verfolgen u. dgl., da hat es das Gericht in der Hand, durch Auswahl der Mittel zur Beseitigung der Formgebrechen oder durch Bestimmung der Fristen hiefür einem Mißbrauche zu begegnen. Die fehlende Advocatenunterschrift (§. 467, Z. 5) macht die Berufung nicht unzulässig; es ist ein Formgebrechen, dem in gewöhnlicher Art abzuhelfen ist.

2. Vorverfahren. Die Berufung kann ohne mündliche Berufungsverhandlung erledigt werden, wenn entweder über die Berufung im Vorverfahren entschieden wird (§§. 470 ff.) oder wenn beide Parteien auf die mündliche Berufungsverhandlung verzichten (§. 492). Das Vorverfahren hat sich als nützlich bewährt. Im Jahre 1898 ist durch das Vorverfahren in manchen Sprengeln für ungefähr ein Fünftel und darüber, in einem Oberlandesgerichtssprengel sogar für mehr als ein Drittel der Berufungen gegen bezirksgerichtliche Urtheile die Anberaumung entbehrlicher mündlicher Berufungsverhandlungen und daher überflüssiger

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Mai 1898, Z. 6155, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1899, S. 271.

Zeit- und Kostenaufwand verhütet worden. Die Ergebnisse des Vorverfahrens in den einzelnen Oberlandesgerichtssprengeln zeigen für das Vorjahr (1898) folgende Tabellen:

A. Bezirksgerichtliche Processe.

Oberlandesgerichtssprengel	Erledigte Berufungen	Erledigung im Vorverfahren	
		durch Zurückweisung der Berufung	durch Aufhebung des Urtheiles
Wien	862	126 (14·6%)	53 (6·1%)
Prag	1304	186 (14·2 „)	63 (4·8 „)
Brünn . . .	516	95 (18·4 „)	30 (5·8 „)
Graz	639	75 (11·7 „)	18 (2·8 „)
Innsbruck . .	228	20 (8·7 „)	9 (4·0 „)
Triest	337	24 (7·1 „)	8 (2·3 „)
Zara	302	15 (4·9 „)	11 (3·6 „)
Krakau . . .	880	251 (28·5 „)	63 (7·2 „)
Lemberg . . .	1817	332 (18·3 „)	173 (9·4 „)

B. Gerichtshofsprocesse.

Oberlandesgerichtssprengel	Erledigte Berufungen	Erledigung im Vorverfahren	
		durch Zurückweisung der Berufung	durch Aufhebung des Urtheiles
Wien	344	8 (2·3%)	10 (2·9%)
Prag	266	13 (4·9 „)	3 (1·1 „)
Brünn . . .	118	10 (8·5 „)	1 (1·2 „)
Graz	97	2 (2·0 „)	2 (2·0 „)
Innsbruck . .	56	—	—
Triest	72	2 (2·8 „)	1 (1·3 „)
Zara	27	—	3 (11·1 „)
Krakau . . .	144	18 (12·5 „)	11 (7·6 „)
Lemberg . . .	294	10 (3·4 „)	—

Auffallend ist die beträchtliche Zahl von Zurückweisungen der Berufung. Wahrscheinlich spiegeln sich darin zum großen Theile die ersten unsicheren Schritte auf der Bahn des neuen Rechtsmittelverfahrens. Spätere Ausweise zeigen vielleicht kleinere Ziffern, aber das wird den Werth des Vorverfahrens als einer in den einfachsten Formen vorgenommenen ersten kritischen Ueberarbeitung der Berufung und des Streitfalles nicht schmälern. Nur darf das Vorverfahren nie über die ihm vom Gesetze zur Kritik überwiesenen Punkte (§. 471) hinausgehen. Daß eine solche Entwicklung etwa unbemerkt einsetzt und um sich greift, wird durch die Anfechtbarkeit der Beschlüsse verhindert, mit welchen im Vorverfahren über die Berufung meritorisch entschieden wird (§. 519).

Die Urtheile scheinen im Vorverfahren hauptsächlich wegen Unzuständigkeit und Nichtigkeit aufgehoben zu werden. Man wird sich in Acht nehmen müssen, daß nicht dabei gelegentlich eine Ueberspannung der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe (§. 477) einschleicht. Alle übrigen Nichtigkeiten sind davor durch ihren Thatbestand besser geschützt, als der Nichtigkeitsgrund: Entziehung der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln (§. 477, Z. 4). Vor Allem lassen sich diesem Nichtigkeitsgrunde nicht Dinge subsumiren, die höchstens zu einer Mängelrüge (§. 196) berechtigen. Zwar sind auch die Vorschriften, die „das Verfahren und insbesondere die Form einer Proceßhandlung" regeln (§. 196, Abs. 1), Vorschriften der Civilproceßordnung, also gesetzliche Normen, und deswegen ist allerdings die Verletzung einer solchen Vorschrift ein „ungesetzlicher Vorgang" (§. 477, Z. 4). Es entzieht jedoch nicht jedes Abweichen, Vernachlässigen der gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln. Darauf allein kommt es an. Wo das Abgehen vom Gesetze zwar Art, Umfang, Inhalt der Verhandlung beeinflußt, jedoch dessenungeachtet verhandelt werden kann und verhandelt wird, da beschränkt sich das Beschwerderecht der Partei auf die Rüge, auf den Recurs oder auf die Incidentanfechtung mittels Berufung (§. 462, Abs. 2). Nichtigkeit mit cassatorischem Effect entsteht nur durch den völligen Ausschluß einer Partei von der Verhandlung oder — was die Sache vielleicht am verständlichsten macht —

durch die Verletzung des Princips des beiderseitigen Gehörs. Ist beiderseitiges Gehör gewährt und lediglich die Verhandlung fehlerhaft, dann ist der Thatbestand dieser Nichtigkeit nicht gegeben. Auch die Methodik des Gesetzes lehrt, daß es sich hier — wie überhaupt bei Nichtigkeiten — um etwas Grundsätzliches, nicht Differenzirbares handeln muß. Das vollständige Uebergehen einer Partei wirkt absolut, denn das als zweiseitiges construirte Verfahren erscheint dann „so mangelhaft, daß auf dasselbe ein Urtheil nicht basirt werden konnte".[1]) Wo eine solche Ungesetzlichkeit unterlaufen ist, da geht dem Verfahren die primitivste Voraussetzung seiner Giltigkeit ab. Es ist unbedingt hinfällig, lebensunfähig. Was die Einseitigkeit im einzelnen Falle für Schaden angerichtet hat, wird gar nicht untersucht: deshalb die Möglichkeit, die Frage im Vorverfahren zu erledigen. Die Verletzung einer Proceßvorschrift ohne Nichtigkeitssanction wirkt dagegen immer nur relativ. Angesichts einer Beschwerde wegen einer derartigen Verletzung oder wegen Nichtbeachtung der deshalb vorgebrachten Rüge wird — im Gegensatze zum Nichtigkeitsgrunde — die erste Frage sein, welches ist die sachliche Bedeutung der Verletzung gewesen, was hat sie nach dem, wie die Sache sich weiter entwickelt hat und wie sie nunmehr liegt, wirklich geschadet. Falls sie keine materiellen Folgen gehabt hat oder keine hat haben können, wird die Beschwerde unberücksichtigt gelassen. Weil dieser Maßstab aber nur aus der Kenntniß des gesammten Inhaltes des Streitfalles sich ergibt, so läßt sich über eine solche Beschwerde naturgemäß nicht im Vorverfahren, ohne Zuziehung der Parteien urtheilen. Diese Entscheidung muß vielmehr im gewöhnlichen Berufungsverfahren erfolgen. Daher können derlei Fehler nicht im Nichtigkeitsgrunde des §. 477, Z. 4 enthalten sein.

Das Merkmal: Entziehung der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, ist übrigens so leicht zu diagnosticiren, wie nicht bald eines. Der Richter, der Fragen zurückweist, die eine Partei an Zeugen oder Sachverständige stellen will, oder der einen Zeugen

[1]) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe der Civilproceßordnung, Materialien I, S. 358.

unrichtig belehrt, der Senat, der im Gerichtshofsverfahren jene Zurückweisung bestätigt (§. 342, Abs. 1), sie benehmen damit dieser Partei nicht die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln. Die Sache ist hier auch nicht, wie bei den Nichtigkeiten, auf Ja und Nein gestellt: Bedeutung und Folgen der Zurückweisung müssen — was eben erwähnt wurde — meritorisch gewürdigt werden. Eine derartige blos bedingungsweise Beachtlichkeit widerstrebt aber dem Begriffe der Nichtigkeit. Deshalb wird man auch nicht behaupten können, daß jede ungerechtfertigte Verweigerung oder Entziehung des Wortes Nichtigkeit begründet. Wenn der Richter die Partei überhaupt nicht zum Worte kommen läßt, wird das Verfahren allerdings nichtig sein. Eine Einschränkung der Redefreiheit hingegen, ein Abschneiden von Wiederholungen, die Erklärung, die Sache sei genug erörtert und es werde deshalb das Wort nicht mehr ertheilt, Entziehen des Wortes wegen Weitschweifigkeit oder unangemessenen Vorbringens wird Nichtigkeit des Verfahrens nicht bewirken. Etwa der Einschränkung des Wortes würde es zu vergleichen sein, wenn das Gericht den Angestellten einer Corporation nicht neben deren gesetzlichem Vertreter oder Proceßbevollmächtigten an der mündlichen Verhandlung theilnehmen und Parteierklärungen abgeben läßt. Die Anwesenheit des gesetzlichen Vertreters oder Proceßbevollmächtigten sichert der Partei die Mitwirkung an der Verhandlung. Ungerechtfertigte Zurückweisung angebotener Beweise (§. 275) oder ein unrichtiger Vorgang bei der Beweisaufnahme sind auch nicht Entziehung der Möglichkeit, zu verhandeln. Davon kann ebensowenig die Rede sein, wenn der Kläger bei der mündlichen Verhandlung die Angaben seiner Klage richtigstellen will — er hat z. B. irrthümlich statt der Augustrate eines Darlehens die Mairate eingeklagt, die ihm bezahlt worden war — das Gericht diese Berichtigung aber verweigert. Die unterbliebene Benachrichtigung einer Partei von einem nur zur Beweisaufnahme bestimmten Termin ist ebenfalls nicht der Vorschrift des §. 477, Z. 4 unterstellbar. Desgleichen nicht die Contumacirung einer Partei, mit der sich der Gegner außergerichtlich einigte und die infolge der gegnerischen Zusicherung, die Sache werde nun nicht weiter verfolgt werden, zur Tagsatzung nicht erschien.

Hier fehlt überdies das Moment eines ungesetzlichen Vorganges des Gerichtes, denn nur Gesetzesverletzungen des Gerichtes, nicht solche, die sich die Parteien zu Schulden kommen lassen, begründen Nichtigkeit.[1]) Letzteres Kriterium fehlt ebenso, wo die Bestellung eines Curators für den Beklagten (§§. 115, Abs. 1; 116) durch eine Irreführung des Gerichtes erschlichen wurde. Das Verfahren ist allerdings nichtig. Jedoch nicht gemäß §. 477, Z. 4, denn das Gericht ist gesetzmäßig vorgegangen, es wurde nur über den Thatbestand der richtig angewendeten Rechtsnorm getäuscht. Die Nichtigkeit ist vielmehr darin begründet, daß der Beklagte im Verfahren gar nicht vertreten war (§. 477, Z. 5); die Vertretung durch den Curator ist keine gesetzliche, für den Beklagten wirksame, sobald die gesetzliche Bedingung der Curatorbestellung in Wahrheit nicht gegeben ist.

Fehler bei Zustellung der Ladung zur mündlichen Verhandlung bewirken nur dann Nichtigkeit, wenn sie der Partei das Verhandeln vor Gericht, also das rechtzeitige Erscheinen und Verhandeln unmöglich machten. Wegen einer bloßen Erschwerung des Erscheinens und Verhandelns bei der anberaumten Tagsatzung, wegen Erschwerung der Bestellung eines Vertreters oder weil durch die knappe Anberaumung der Tagsatzung oder durch zu späte Zustellung der Ladung die Vorbereitung zur mündlichen Streitverhandlung erschwert wurde, könnte Nichtigkeit nicht ausgesprochen werden. Endlich läßt sich der besprochene Nichtigkeitsgrund auf Verhandlungen an einem Ferialtage oder während Unterbrechung oder Ruhen des Verfahrens nicht beziehen. Der Vorgang war zwar ungesetzlich, aber — wie die Verhandlung selbst beweist — die Möglichkeit, zu verhandeln, war trotzdem der Partei nicht entzogen. Soweit nicht das Gesetz im einzelnen Falle anders bestimmt, ist hier nur ein Rügerecht begründet. Wo die Zustellung der Ladung gänzlich unterblieb und gegen die abwesende Partei wegen Säumniß Urtheil gefällt wurde, kann das Urtheil sowohl wegen Nichtigkeit (§. 477, Z. 4) angefochten werden, als deswegen, weil eine Versäumung nicht vorliegt (§. 471,

[1]) Im obigen Falle wird wohl auch die Wiedereinsetzung ausgeschlossen sein.

Z. 4). Die Partei hat die Wahl. Wie sie sich entschließt, verschlägt nichts, denn über die Berufung wird unter allen Umständen im Vorverfahren entschieden, und die Entscheidung kann immer nur auf Aufhebung des Urtheiles und Rückverweisung an das Proceßgericht erster Instanz lauten (§§. 474, Abs. 3, und 478, Abs. 2). Die Beschwerdeführung wegen Nichtigkeit hat den einen Vorzug, daß das Berufungsgericht auf Antrag der Parteien in der Sache selbst erkennen kann (§. 478, Abs. 4). Die wichtigste Folge der Concurrenz: daß der Fehler der Ladung auch von amtswegen zu berücksichtigen ist, fällt weniger ins Gewicht, da Urtheile in Säumnißfällen selten anders als durch Berufung der säumigen Partei an das Berufungsgericht gelangen werden.

Der früher angedeutete absolute Charakter ist auch Kennzeichen des Nichtigkeitsgrundes der mangelhaften Urtheilsfassung (§. 477, Z. 9) und Bestimmungsstück seiner Wirkungssphäre. Um ein Urtheil deswegen als nichtig erklären zu können, muß seine sichere Ueberprüfung schlankweg, überhaupt, jedenfalls ausgeschlossen sein, nicht blos bei einer gewissen gedanklichen Prädisposition, nicht blos die sichere Ueberprüfung des Urtheiles von einem bestimmten juristischen Standpunkte aus. Die Ueberprüfung muß für Jedermann ausgeschlossen sein, nicht blos für Den oder Jenen, weil er sich den Streitfall gerade so construiren zu müssen glaubt und *darnach* das Ergebniß überprüft. Die Ueberprüfung muß sich sozusagen auf den ersten Blick, sobald man das Urtheil in die Hand bekommt, *ohne noch die Acten zu kennen*, als unausführbar zeigen. Das Urtheil ist nichtig, weil es — wie die erläuternden Bemerkungen sagen[1]) — eine „*ordnungswidrige* Emanation der richterlichen Spruchgewalt" ist. Das ist durchaus nicht das Nämliche, wie ein unrichtiges, meritorisch zweifelhaftes, vielleicht nur nicht genug gründliches oder nicht ausreichend begründetes Urtheil. Wesentlich ist, ob sich aus der Lectüre des Urtheiles das juristische Raisonnement des Richters, seine factischen und juristischen Ausgangspunkte, die für ihn bestimmenden Argumente, mit einem Worte der geistige Werdegang

[1]) *Materialien* I, S. 358.

der Entscheidung erkennen läßt. Sobald man aus dem Urtheile entnehmen kann, wie sich der Richter die Sache vorgestellt hat und auf welche Art er zu seiner Entscheidung gelangt ist, kann das Urtheil nicht mehr für nichtig erklärt werden, wenngleich die Deductionen des Richters, Prämissen und Conclusionen bodenlos falsch und vergriffen sind. Gegen letzteres muß eben sachlich, nicht blos formal reagirt werden. Der Nichtigkeitsgrund der mangelhaften Urtheilsfassung hat deshalb mit der Vollständigkeit oder Unvollständigkeit der thatsächlichen Feststellungen nicht das Geringste zu thun.[1]) Insbesondere wird man nicht sagen können, mangelhafte Urtheilsfassung nach §. 477, Z. 9 sei schon gegeben, wenn in den Entscheidungsgründen des Urtheiles nicht klar ausgesprochen ist, welche nach dem Urtheilsthatbestande in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten thatsächlichen Angaben für wahr oder unwahr zu halten sind. Das Gericht hat sich in den Entscheidungsgründen nur über die Wahrheit oder Unwahrheit derjenigen thatsächlichen Anführungen auszusprechen, die nach der Rechtsauffassung, die *sein* Urtheil leitet, also nach *seiner* Rechtsansicht erheblich sind. Im Urtheile ist keineswegs das *gesammte* thatsächliche Vorbringen der mündlichen Verhandlung, ohne Unterschied seiner inneren Beziehung zum Rechtsspruche, auf seine Wahrheit zu qualificiren, gewissermaßen für jede sonst noch mögliche Rechtsauffassung das thatsächliche Materiale im voraus zuzurüsten. Ein Irrthum, der dem Gerichte bei der Auslese der relevanten thatsächlichen Anführungen passirt, eine damit zusammenhängende Verringerung der thatsächlichen Feststellungen im Processe ist ein Fehler der Entscheidung. Der Schatten, den er nothwendigerweise auf den Inhalt der Entscheidungsgründe wirft, ist aber nicht wieder für sich ein selbstständiger Fehler der Ab-

[1]) Richtig bestimmt den Inhalt dieses Nichtigkeitsgrundes *Hruza*, Ein Beitrag zur Anwendung des §. 477, Z. 9 u. s. w., Jurist. Blätt., 1899, S. 498 und 509. Zu weit geht die Bemerkung bei *Wachtel*, a. a. O. S. 435, daß eine offenbar unrichtige Gesetzesanwendung den Nichtigkeitsgrund des §. 477, Z. 9 bilden kann. Wäre in diesem Sinne der Widerspruch zwischen Urtheil und Thatbestand ein Nichtigkeitsgrund, so würde für eine meritorische Judicatur der Berufungsinstanz fast nichts zurückbleiben.

fassung des Urtheiles, sondern eben eine Rückwirkung des Entscheidungsfehlers und in letzterem zu bekämpfen. Mit der meritorisch richtigeren Entscheidung finden sich die fehlenden thatsächlichen Feststellungen dann von selbst im Urtheile ein. Gegen unrichtige Rechtsauffassung und die durch sie verursachte Unvollständigkeit der thatsächlichen Feststellungen ist der Berufungsgrund des §. 496, Z. 2 oder 3 oder der Revisionsgrund des §. 503, Z. 2 anzuwenden. Eine Annullirung des Urtheiles wegen mangelhafter Fassung würde in solchem Falle das Symptom der Krankheit mit deren innerer Ursache verwechseln und hätte keine Rechtfertigung im Gesetze. Im Berufungsverfahren das erstrichterliche Urtheil als nichtig aufheben, weil es einzelne, scheinbar wesentliche thatsächliche Feststellungen vermissen läßt, wäre zu allem Anderen um so zweckwidriger, als doch die mündliche Berufungsverhandlung meistens genug Gelegenheit zu allen nach Maßgabe des fraglichen Berufungsgrundes irgendwie nöthigen Feststellungen bieten wird.

Der richtig verstandene Nichtigkeitsgrund der mangelhaften Urtheilsfassung wird in der Regel Rückverweisung der Sache zur Folge haben (§. 478, Abs. 2), weil man selten im Voraus wissen kann, ob die Beseitigung des Fehlers und die Herstellung eines formell tadellosen Urtheiles nicht doch eine weitere Verhandlung erheischt. Was zunächst nur eine mißglückte Stylisirung, ein schlechter Ausdruck scheint, wächst in Wahrheit oft aus tieferen Ursachen heraus: aus Unfertigkeit des Sachstandes, aus Unklarheit über die Rechtslage u. s. w. Sowie man an die Verbesserung des Textes geht, enthüllt es sich dann, daß der logische oder juristische Aufbau selbst falsch entworfen oder schief ist, daß die Verbesserung hier einsetzen muß, die Feder allein das Urtheil nicht in Ordnung bringen kann. Am ehesten ließe sich die Rückverweisung vielleicht ersparen, wenn dem Urtheile zwar die Entscheidungsgründe abgehen, das Berufungsgericht aber den Urtheilstenor billigt. Das Berufungsgericht könnte die fehlenden Entscheidungsgründe selbst hinzufügen. Außerdem ist noch an die Möglichkeit zu erinnern, die neue Cognition durch einverständlichen Antrag dem Berufungsgerichte zu übertragen (§. 478, Abs. 4); das wird namentlich zweckmäßig sein, wenn lediglich die Urtheilsfassung verfehlt ist.

Das Berufungsurtheil kann gleichfalls wegen mangelhafter Fassung angefochten werden (§. 503, Z. 1). Im Gegensatze zum Berufungsverfahren ist jedoch in dritter Instanz die Rückverweisung die Ausnahme. Das Revisionsgericht soll nach Aufhebung des mangelhaften Urtheiles thunlichst in der Sache selbst entscheiden (§. 510, Abs. 1).[1]) Sofern sich die Rückverweisung nicht umgehen läßt, ist die Sache an das Berufungsgericht, nicht an das Gericht erster Instanz zu verweisen.

Noch in einer anderen Beziehung wäre ein Ueberquellen des Vorverfahrens von Uebel. Nach der Idee des Vorverfahrens soll die Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung entfallen, wo sie entbehrlich ist, weil die Unzulässigkeit der Berufung oder die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes von vorneherein klar ist, oder weil der Berufung wegen eines processualen Mangels des erstinstanzlichen Verfahrens offenbar wird stattgegeben werden müssen.[2]) Das Gesetz schließt eine Ergänzung der Information, welche die Proceßacten dem Berufungsgerichte bieten, nicht schlechthin aus. Es können zur Feststellung der Berufungsgründe oder der Nichtigkeit thatsächliche Aufklärungen der Parteien oder des Gerichtes erster Instanz eingeholt oder andere Erhebungen angeordnet werden (§. 473, Abs. 2). Aber es wird sich bei diesen Aufklärungen und Erhebungen einestheils immer nur um einzelne zweifelhafte Fragen und Umstände, um einen letzten Rest von Unklarheit handeln dürfen, und anderentheils wird nicht jedes beliebige Informationsmittel anwendbar sein. Denn diese ergänzende Informirung vollzieht sich ohne die Controle der contradictorischen Verhandlung; es sind in der Regel einseitige Aufklärungen, die das Berufungsgericht auf diese Weise erhält. Das vermindert ihren Werth und ihre Verwerthbarkeit. Wo das thatsächliche Fundament der Beschwerde in den Hauptpunkten bestritten ist oder gegen deren ge-

[1]) Bericht des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses zur Civilproceßordnung, Materialien I, S. 801. Der Nichtigkeitsgrund des §. 477, Z. 9 wurde im §. 510, Abs. 1 ausgelassen, um „zu ermöglichen, daß das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden kann".

[2]) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe der Civilproceßordnung, Materialien I, S. 353.

setzliche, juristische Berechtigung gewichtige Bedenken bestehen, da kann — nicht anders als im Verfahren erster Instanz — nur auf Grund mündlicher Verhandlung vor dem Berufungsgerichte über die Berufung entschieden werden. Denn vom Standpunkte des Gesetzes bietet nur diese Verhandlung volle Bürgschaft für die unparteiische gründliche Beachtung der beiderseitigen Behauptungen und Rechtsauffassungen und für die richtige, zutreffende Beweiswürdigung. Deshalb geht es auch nicht an, bei den Erhebungen im Vorverfahren zu Beweismitteln zu greifen, für welche der innere Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung allgemein oder doch jeweils wesentlich ist. Eine eigentliche Beweisaufnahme findet im Vorverfahren überhaupt nicht statt, weil der Unmittelbarkeit wegen die Beweisaufnahme oder, wo dies unthunlich wäre, wenigstens die Erörterung ihrer Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbehalten ist. Von allen Beweismitteln am wenigsten eignet sich hienach die Parteivernehmung für die Erhebungen im Vorverfahren. Denn losgerissen vom Untergrunde der contradictorischen Sachverhaltserörterung büßt sie ihre Beweiskraft oft ganz ein; dem Gerichte fehlt der Maßstab für die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit und für die Entscheidung über die eidliche Vernehmung. Nur die mündliche Berufungsverhandlung gewährt beides. Das erstrichterliche Urtheil wird z. B. wegen Unzuständigkeit des Proceßgerichtes (Facturengerichtsstand) angefochten. Das Berufungsgericht könnte hier nicht im Vorverfahren die nöthige Grundlage für die Berufungsentscheidung dadurch „schaffen", daß es den Kläger durch ersuchten Richter über Absendung und Inhalt der Factura, den Beklagten über deren Empfang eidlich vernehmen läßt. Das wäre nicht blos nach der Technik der Parteivernehmung, sondern auch deshalb verfehlt, weil hier zweifellos ein dringendes sachliches Bedürfniß nach mündlicher Berufungsverhandlung besteht. Nicht irgend ein einzelner dunkler Punkt ist aufzuhellen, sondern die Basis des Rechtsverhältnisses selbst ist bestritten; solcher Streit kann und darf aber nur in mündlicher Verhandlung ausgetragen werden. Die Parteien würden geradezu gezwungen, in ihren Berufungsschriften die Berufungs-

gründe und Anträge ausführlichst zu erörtern, wenn die Gefahr drohte, daß so wichtige Fragen entschieden werden, ohne den Parteien Gehör und Gelegenheit zu mündlicher Aussprache zu geben. Die Einhaltung der richtigen Grenzen des Vorverfahrens ist daher ebenso im Interesse der Gerechtigkeit des Berufungsurtheiles, wie im Interesse der Mündlichkeit des Verfahrens gelegen.

Das Ergebniß des Vorverfahrens kann sein: Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung (§. 480), Verweisung der Berufung an das zuständige Berufungsgericht (§. 471, Z. 1), Verwerfung der Berufung (§. 471, Z. 2 und 3) oder Aufhebung des angefochtenen Urtheiles mit den entsprechenden weiteren Verfügungen (§. 471, Z. 4 ff.). Zu einer meritorischen Bestätigung des angefochtenen Urtheiles führt das Vorverfahren niemals: über die materielle Richtigkeit des erstrichterlichen Erkenntnisses muß — vom Verzichte abgesehen — auf Grund mündlicher Berufungsverhandlung entschieden werden. Dem Beschlusse, der die behauptete Nichtigkeit verneint, ist deshalb die Form der Verwerfung der Berufung, nicht die einer Bestätigung des erstrichterlichen Urtheiles zu geben.

Die Verwerfung der Berufung im Vorverfahren ist, sofern zugleich wegen anderer Berufungsgründe mündliche Verhandlung angeordnet werden muß (§. 480, Abs. 2), nicht für sich auszufertigen, sondern seinerzeit in die Ausfertigung der Berufungsentscheidung aufzunehmen, die nach mündlicher Verhandlung ergeht. Es ist sehr zu wünschen, daß an der nicht öffentlichen Sitzung des Vorverfahrens und an der mündlichen Berufungsverhandlung dieselben Richter theilnehmen. War aber der Senat bei der mündlichen Verhandlung anders zusammengesetzt, so müßten in der eben erwähnten gemeinsamen Ausfertigung nebst den Mitgliedern des Senates der Berufungsverhandlung auch die Richter benannt werden, die den Beschluß im Vorverfahren gefaßt haben (§. 429, Abs. 2).

3. Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung. Auf solchen Verzicht (§. 492) einigen sich die Parteien — wie die Zahlen der beiden folgenden Tabellen ergeben — häufiger, als vermuthet wurde.

A. Bezirksgerichtliche Processe.

Oberlandesgerichtssprengel	Erledigte Berufungen	Unter Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung wurden Urtheile erster Instanz			Summe
		bestätigt	abgeändert	aufgehoben	
Wien	862	31	8	3	42
Prag	1304	77	22	10	109
Brünn . . .	516	33	8	1	42
Graz	639	39	13	3	55
Innsbruck . .	228	41	8	2	51
Triest	337	16	7	4	27
Zara	302	18	—	9	27
Krakau . . .	880	9	3	2	14
Lemberg . . .	1817	39	9	15	63

B. Gerichtshofsprocesse.

Oberlandesgerichtssprengel	Erledigte Berufungen	Unter Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung wurden Urtheile erster Instanz			Summe
		bestätigt	abgeändert	aufgehoben	
Wien	344	32	4	2	38
Prag	266	35	8	5	48
Brünn . . .	118	26	2	—	28
Graz	97	14	4	1	19
Innsbruck . .	56	13	1	2	16
Triest	72	6	—	1	7
Zara	27	5	—	—	5
Krakau . . .	144	3	2	1	6
Lemberg . . .	294	32	7	9	48

Die Ausdehnung und topographische Gestaltung, sowie namentlich das Eisenbahnnetz der einzelnen berufungsgerichtlichen Sprengel ist hier von maßgebendem Einflusse. Doch mag vielleicht auch der Uebergang sich in den Zahlen ausdrücken, insofern die Tradition des früheren rein schriftlichen Appellationsverfahrens die mündliche Berufungsverhandlung anfangs geringer einschätzte. Jedenfalls wird der Verzicht auf die Berufungsverhandlung durch das Revisionserkenntniß erheblich erleichtert, das bei wirksamen Verzicht dem Berufungsgegner gestattete, in seinem Schriftsatze Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise vorzubringen, falls er sich die Erstattung eines Schriftsatzes zur Widerlegung der Ausführungen der Berufungsschrift vorbehalten hat.[1]) Wirksam ist der Verzicht aber nur als ein von beiden Parteien erklärter. Der einseitige Verzicht einer der Parteien berechtigt weder diese, noch ihren nicht zustimmenden Gegner, in die Berufungsschriften Rechtsausführungen u. s. w. aufzunehmen. Er gibt aber — nebenbei gesagt — auch nicht dem Berufungsgerichte die Befugniß, nach Einlangen der Acten den Gegner des Verzichtenden durch das Proceßgericht vernehmen zu lassen, ob nicht auch er auf die Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung verzichten wolle.

Das Berufungsgericht kann in der nicht öffentlichen Sitzung zu dem Schlusse kommen, daß eine Aufnahme von Beweisen oder daß die Wiederholung oder Ergänzung von Beweisaufnahmen für die Entscheidung über die Berufungsanträge nothwendig ist (§. 488). Ungeachtet des beiderseitigen Verzichtes wird es den Parteien die Anwesenheit oder Betheiligung an der Beweisaufnahme zu ermöglichen haben (§. 289), auch wenn es sich nicht um die Parteivernehmung handelt. Es kann aber dem Berufungsgerichte noch mehr erforderlich dünken: der Beweisbeschluß läßt sich seiner Ansicht nach anders als auf Grund einer mündlichen Verhandlung überhaupt nicht fassen. Dann ist ohne Rücksicht auf den Verzicht mündliche Berufungsverhandlung anzuordnen (§. 492,

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. August 1898, Z. 10861, J.-M. V.-Bl. Nr. 1499.

Abs. 2). Eine principielle Scheidelinie ist schwer zu ziehen; es hängt Alles von der Bedeutung des Beweisthemas für den Streitfall und für die Berufungsentscheidung und von der Art der Beweismittel ab. Je ausschlaggebender das Beweisthema ist, je größere Anforderungen die fraglichen Beweisaufnahmen stellen, je mehr Möglichkeit gegeben ist, durch mündliche contradictorische Verhandlung sei es bezüglich der zu beweisenden Umstände, sei es an Beweismitteln zu sparen, desto mehr ist die Anberaumung mündlicher Berufungsverhandlung anzurathen. Wo das Beweismittel der Parteivernehmung in Frage kommt, ist sie kaum zu entbehren. Jedenfalls muß das Gericht die Wahl zwischen nicht öffentlicher Sitzung und mündlicher Verhandlung bei Beweisergänzungen mit der größten Subtilität treffen. Rückverweisung der Rechtssache an das Proceßgericht erster Instanz (§. 496) wird nur nach Anhörung der Parteien in mündlicher Berufungsverhandlung ausgesprochen werden können; schon deswegen, weil es sowohl den Parteien wie dem Berufungsgerichte offen bleiben muß, der Rückverweisung durch Ergänzung der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte auszuweichen.

4. Mündliche Berufungsverhandlung. Darüber ist nicht mehr viel nachzutragen, denn die mündliche Berufungsverhandlung unterscheidet sich nicht erheblich von jeder anderen mündlichen Verhandlung, einiges ihr Eigenthümliches wurde aber schon in anderer Verbindung erwähnt.[1]) Der mündlichen Berufungsverhandlung ist ebenso wie der Verhandlung erster Instanz eine rege, kräftige Empfindung für die Unmittelbarkeit zu wünschen.[2]) Die Unmittelbarkeit verwehrt es, in den Berufungsschriften angebotene oder in erster Instanz beantragte Beweise auf Antrag des Vorsitzenden oder Berichterstatters schon vor der mündlichen Berufungsverhandlung in nicht öffentlicher Sitzung zuzulassen und Beweisaufnahmen durch beauftragten oder ersuchten Richter anzuordnen. Gar zu leicht könnte sich daraus für die Berufungs-

---

[1]) Siehe oben S. 75 (Unterbrechung) — S. 126 f. (Vortrag des Berichterstatters) — S. 184 f. (Parteivernehmung) — S. 211 (Zwischenurtheil).

[2]) Siehe oben S. 44 f.

instanz eine neue Art vorbereitenden Verfahrens entwickeln. Für die im Berufungsverfahren etwa nothwendigen Beweisaufnahmen vorzusorgen, ist gewiß gut und zweckmäßig, denn eine Vertagung der Berufungsverhandlung ist wenn möglich noch schädlicher und deswegen noch mehr zu scheuen, als eine Vertagung in erster Instanz. Diese Vorsorge darf aber nicht über die vorbereitenden proceßleitenden Verfügungen hinausgehen, die in den §§. 183 und 481 aufgezählt sind. Wie weit vor der mündlichen Berufungsverhandlung Beweisaufnahmen zulässig sind, ist ausschließlich nach der Vorschrift des §. 183, letzter Absatz, zu beurtheilen, die auch für das Berufungsverfahren Giltigkeit hat.

Ob übrigens das Berufungsgericht neue Beweise aufnehmen oder Beweisaufnahmen erster Instanz nur wiederholen oder ergänzen will, immer setzt — im Berufungsverfahren nicht minder, wie im erstrichterlichen Verfahren — die Beweisaufnahme einen Beweisbeschluß und dieser wieder eine Erörterung der zum Beweise zu verstellenden Thatsachen voraus. Der Vorsitzende des Berufungssenates kann nicht etwa sogleich nach dem Vortrage des Berichterstatters, bevor noch die Parteien mit ihren Vorträgen gehört wurden, an die zur Berufungsverhandlung geladenen Sachverständigen Fragen stellen, um einen oder den anderen Theil des Sachverhaltes aufzuklären, über den die Sachverständigen in erster Instanz vernommen worden sind, der aber dem Vorsitzenden oder einem Mitgliede des Berufungssenates aus den Proceßacten nicht klar geworden ist. Vielmehr müssen die Parteivorträge abgewartet werden; sie reihen sich unmittelbar an den Vortrag des Berichterstatters an. Nach den Parteivorträgen hat der Vorsitzende durch Frageſtellung oder in anderer Weise hinzuwirken, daß über die Umstände, die ihm noch nicht oder ungenügend festgestellt scheinen, von den Parteien Aufschluß gegeben wird (§. 182, Abs. 1). Dann erst wird nach Erforderniß Beweisbeschluß zu fassen sein, auf Grund dessen die Sachverständigen vernommen werden. Gegenstand der Vernehmung aber sind lediglich — wie in erster Instanz — die im Beweisbeschlusse bezeichneten Umstände. In dieser Hinsicht ist demnach die mündliche Berufungsverhandlung ganz und gar an das Vorbild der mündlichen

Verhandlung in erster Instanz gebunden. Die mündliche Berufungsverhandlung beginnt zwar anders als die Verhandlung erster Instanz (Vortrag des Berichterstatters), das hat jedoch durchaus nicht die Folge, daß nun die natürliche Ordnung der Verhandlung überhaupt umgestoßen werden darf.

Von dem Umfange des zulässigen neuen Vorbringens zu sprechen, gibt nur die lebhafte literarische Erörterung dieser Frage Anlaß, nicht die Praxis. Was bisher an einschlägigen Entscheidungen bekannt wurde, betrifft durchwegs Unbestrittenes. So der Ausspruch, daß die Vorschriften über die Grenzen der zulässigen Neuerungen durch Vereinbarung der Parteien weder erweitert, noch außer Kraft gesetzt werden können. Ferner die Entscheidung, daß sich durch die Erweiterung der Berufungsanträge und Berufungsgründe (§. 483) keineswegs von selbst der Kreis des zulässigen neuen Vorbringens erweitert; denn das in der Berufungsverhandlung verwendbare neue Vorbringen muß bei sonstigem Ausschluß in der Berufungsschrift oder in der Mittheilung des Berufungsgegners angekündigt werden (§. 482, Abs. 2). Und bei dieser bestimmten Anordnung des Gesetzes läßt sich kaum etwas gegen die Entscheidung einwenden, daß die Ankündigung neuen Vorbringens in einem nach Ablauf der Berufungsfrist überreichten Nachtrage zur Berufungsschrift wirkungslos ist, auf solches Vorbringen vom Berufungsgerichte nicht Rücksicht genommen werden darf.[1]) Endlich dürfte Niemand die Art tadeln, wie eine früher erwähnte Entscheidung[2]) den Zusammenhang zwischen der Unterbrechung des Verfahrens nach §. 191 und den Neuerungsvorschriften auffaßt. Ueber das eigentliche Neuerungsproblem aber sind principielle Entscheidungen noch nicht bekannt geworden.[3]) In dem Versuche, die aus dem Rechtsgrunde der Gewährleistung

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. December 1898, Z. 14372, J.-M. V.-Bl. 1899, Civ. Entsch. Nr. 25.

[2]) Siehe S. 80.

[3]) Inwiefern sich die in den Juriſt. Blätt., 1899, S. 405 erwähnte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. September 1898, Z. 9765 grundsätzlich zu der im Folgenden oben vertretenen Ansicht bekennt, ist aus der Mittheilung nicht zu entnehmen.

begehrte Auflösung eines Kaufvertrages erst im Berufungsverfahren auf die Nichterfüllung einer Kaufvertragsabrede zu stützen, hat das Revisionsgericht eine Aenderung des Klagsgrundes und die Erhebung eines neuen Anspruches erblickt[1]) und von dieser Auffassung aus keine Ursache gehabt, zu dem Neuerungsproblem Stellung zu nehmen.

Dessen Kern ist, was schon wiederholt hervorgehoben wurde, die Frage, aus welchen Gründen das erstrichterliche Urtheil angefochten werden kann (Berufungsgrund), und in dieser Beziehung bahnte die bisherige Discussion eine gewisse Klärung an. Den Berufungsgrund außerhalb des erstrichterlichen Verfahrens und Urtheiles in der „objectiven Unrichtigkeit" des Urtheiles zu suchen, wird mit Recht heute von den Meisten[2]) abgelehnt. Daß das Urtheil „dem wirklichen Rechte" nicht entspricht, ist — von reinen Subsumptions- und Beurtheilungsfehlern abgesehen — nur dann ein gesetzlicher Berufungsgrund, wenn diese Divergenz bei genauer Beobachtung der Vorschriften für das Verfahren erster Instanz und insbesondere bei Erfüllung aller nach der Civilproceßordnung dem Gerichte obliegenden Pflichten vermieden werden konnte. Oder mit dem gleichen Vorbehalte der Subsumptions- und Beurtheilungsfehler im engeren Sinne gesagt: die vermeintliche Verletzung des materiellen Rechtes der Partei muß mit einer Verletzung einer proceßrechtlichen Vorschrift Hand in Hand gehen. Zwischen letzterer und der meritorischen Unrichtigkeit des Spruches muß Causalität bestehen, gleichgiltig, ob man den Berufungsgrund als „Fehler des Richters" oder als „Mangel des Verfahrens oder des Urtheiles" bezeichnet. Wegen einer Unvollständigkeit des That-

---

[1]) Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. October 1898, Z. 12496, J.-M. V.-Bl. 1899, Civ. Entsch. Nr. 29.

[2]) Wachtel, a. a. O., S. 440. — G. Neumann, a. a. O., S. 879 ff. — Schauer, Neue Thatsachen und Beweise im Berufungsverfahren, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1898, S. 324. — Beißer, a. a. O., S. 396 f. (S.-A. S. 18 ff.). — E. Bum, Die Grenzen des Berufungsrechtes, Jurist. Blätt., 1899, S. 62: Materielle Unrichtigkeit allein (reicht) zur Anfechtung des Urtheiles nicht aus. — M. Pollak, Noch ein Wort zur Frage der Neuerungen, Jur. Blätt., 1899, S. 257 ff., S. 271. — M., Gerichtshalle, 1899, S. 177 f.

sachen- und Beweismateriales, die sich nicht auf ein Gebrechen, auf eine Ungesetzlichkeit im Verfahren erster Instanz zurückführen läßt, kann nicht berufen werden.[1]) Die „objective Sachlage" ist so wenig wie die „materielle Richtigkeit" des Urtheiles im objectiven Sinne ein für das Berufungsverfahren maßgebender Vergleichungsfactor. Die Anfechtung so zu begrenzen, war die Tendenz der Gesetzgebung und ist auch ebenso sicher die Tendenz des Gesetzes. Vielleicht hätte dieses den Begriff des Berufungsgrundes geradezu definiren sollen, aber auch ohne das ergibt sich die Abgrenzung nothwendig aus den gesetzlichen Vorschriften über das Berufungsverfahren. Es kann nach dem Gesetze nicht Berufungsgrund sein, daß das Urtheil trotz richtiger Proceßführung und richtiger Subsumption wegen Außerachtlassung erheblicher Thatsachen oder Beweise unrichtig ist, die in erster Instanz nicht vorgebracht wurden. Denn es wären dann alle in das Gesetz aufgenommenen Beschränkungen der mündlichen Berufungsverhandlung ohne Sinn, mehr noch: sie würden der Absicht des Gesetzes auf Schritt und Tritt sich in den Weg stellen. Die Anfechtbarkeit wegen objectiver Unrichtigkeit ist ohne „volle Berufung" nicht möglich. Will man gegen die objective Unrichtigkeit wahrhaft Schutz bieten, so müssen ohne Einschränkung vor dem Berufungsgerichte neue Einreden, eventuell neue Ansprüche, neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel, neue Thatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können. Man müßte in erster Instanz unterbliebene oder verweigerte Erklärungen im weiten Umfange nachholen können. Das Berufungsverfahren müßte mit einem Worte dem Verfahren erster Instanz gleich sein oder ihm so nahe als möglich kommen, weil es eben unter jener Voraussetzung ganz dasselbe zu leisten hätte, was sonst vom Gerichte und vom Verfahren erster Instanz geleistet wird. Dies schließt nun die Civilproceßordnung kategorisch aus. Wie sehr sich ihr Berufungsverfahren von dem der vollen Berufung unterscheidet, sieht man,

[1]) Von dieser Auffassung ließ sich das Berufungsgericht dem Anscheine nach in dem Falle leiten, der in der Gerichtshalle, 1899, S. 341 mitgetheilt wurde.

wenn die Bestimmungen der Civilproceßordnung über die mündliche Berufungsverhandlung mit den parallelen Vorschriften der deutschen Civilproceßordnung verglichen und insbesondere §. 482 unserer Civilproceßordnung den §§. 490, 491 und 493 der deutschen Civilproceßordnung (früherer Zählung) gegenübergestellt wird. Der unversöhnliche Gegensatz zwischen Mittel und Zweck, den jene Annahme in die Civilproceßordnung hineinträgt, ist das durchschlagendste Gegenargument. Sie scheitert sozusagen an der Vernunft und Logik der gesetzlichen Vorschriften über die mündliche Berufungsverhandlung, von allem anderen Unwiderleglichen abgesehen, das gegen sie schon eingewendet wurde.

In Bezug auf die rechtliche Beurtheilung der Sache dagegen (Subsumptions-, Beurtheilungsfehler) und sonst innerhalb des Geltungsbereiches der für das Verfahren erster Instanz maßgebenden proceßrechtlichen Vorschriften kann jede Gesetzesverletzung, die auf die materielle Richtigkeit der Entscheidung zurückwirkt, Berufungsgrund sein. Namentlich ist unter der Bedingung meritorischer Rückwirkungen — wie die Vorschrift des §. 496, Z. 2 und 3 zeigt — auch die Nichtausübung oder die unrichtige oder unvollkommene Ausübung der materiellen Proceßleitung ohne Frage ebenso Berufungsgrund, wie ein Fehler des Beweisverfahrens oder die unrichtige Wahrheitsbeurtheilung. Berufungen wegen der Art der materiellen Proceßleitung werden freilich manchmal feinere Unterscheidungen nöthig machen. Die materielle Proceßleitung ist Führen, Anregen, Fragen, Helfen, sie ist eine starke motorische Kraft, aber um productiv zu sein, bedarf sie des Zuthuns der Parteien. Gesetzliche Correctheit der Sachleitung und Ergiebigkeit der Sachleitung sind Zweierlei. Trotz Bemühens des Richters um die Sachverhaltsfeststellung ist die Entscheidung vielleicht gerade wegen falscher Auffassung des Sachverhaltes verfehlt, denn es gebrach am Entgegenkommen der Parteien, an Aufschlüssen, Beweisanbietungen u. s. w. Berufungsgrund kann nun blos das Nichtbefolgen der gesetzlichen Vorschriften über die materielle Proceßleitung, nicht die Sterilität der richterlichen Sachleitung sein. Bei derlei Berufungen ist also zu prüfen, ob sich das Gericht aller gesetzlichen Mittel zur wahrheitsmäßigen

Feststellung des Thatbestandes bedient hat; bejahendenfalls ist die Berufung ungeachtet des mangelnden Erfolges der Proceßleitung zu verwerfen. Die Partei, die in erster Instanz durch ihre Passivität die Ermittlung des richtigen Sachverhaltes vereitelt, kann nicht — nachträglich sich eines Besseren besinnend — die Folgen ihrer Zurückhaltung unter dem Vorgeben unrichtiger Proceßleitung auf das Gericht überwälzen. Bevor man die nicht erschöpfende Erörterung des Streitfalles oder die Nichterörterung einer erheblichen Thatsache der materiellen Proceßleitung zur Last legt, wird man daher stets fragen müssen, was die Parteien bei der mündlichen Verhandlung in erster Instanz thaten. Die Passivität der Parteien bei der Verhandlung erster Instanz hindert oft nicht blos die Klarstellung eines bestimmten Punktes, sondern sie unterbindet die Ausbreitung und Entwicklung der ganzen Verhandlung überhaupt. Wenn z. B. die Erörterung an einer unausweichlichen Vorfrage, an einer Voraussetzung sich staut, weil die Partei die verlangte Aufklärung verweigert, so ist es gleichfalls nicht der richterlichen Proceßleitung zuzurechnen, daß die Erörterung nicht bis zu ihrem natürlichen Ende fortschritt. Die unzureichende Ermittlung des Sachverhaltes kann sonach nur dann als Berufungsgrund geltend gemacht werden, wenn sie Folge der Nichtausübung oder nicht gesetzmäßigen Ausübung der materiellen Proceßleitung ist und zugleich die Parteien von jeder Verantwortung oder Mitverantwortlichkeit für die Nichtausübung oder mangelhafte Ausübung der Proceßleitung frei sind.

Sobald man sich über den Begriff des Berufungsgrundes geeinigt, bietet die Neuerungsfrage theoretisch kaum mehr Schwierigkeiten, denn über das Verhältniß des neuen Vorbringens zu den Berufungsgründen spricht sich das Gesetz sowohl in §. 467, Z. 4, wie in den §§. 468, Abs. 2 und 482, Abs. 2 sehr deutlich aus. Das neue Vorbringen wird sehr oft nur der Constatirung des betreffenden Vorfalles oder der Unterlassung dienen; beispielsweise bei Berufung wegen Nichtigkeit, wegen irrig angenommener Versäumung, wegen unrichtiger Beurkundung einer Zeugenaussage u. ä. Es ist hier lediglich der behauptete Anfechtungsgrund als Thatsache zu beweisen. Manche Berufungsgründe verlangen

mehr. Es wird z. B. wegen fehlerhafter, ungenügender Proceßleitung berufen. Hier läßt sich der Berufungsgrund theilweise nur indirect darthun. Daß die Erörterung der Sache keine erschöpfende war, wird das Berufungsgericht erst sagen können, wenn es das infolge der unrichtigen Proceßleitung unberücksichtigt gebliebene Proceßmateriale kennt. Wo in ähnlicher Weise nur aus dem sachlichen Verhältnisse der in erster Instanz nicht beachteten Thatsachen und Beweise zum Urtheilsthatbestande ein Schluß auf das Vorhandensein des behaupteten Berufungsgrundes gezogen werden kann, da läßt sich diesem Thatsachen- und Beweismateriale der Zutritt zur Berufungsverhandlung nicht verbieten, weil es eben zur Darthuung (oder Widerlegung) des geltend gemachten Berufungsgrundes nothwendig ist. Bildet eine dem Gerichte zurechenbare Unvollständigkeit der Sachverhaltsermittlung und Sachverhaltsfeststellung den Berufungsgrund, so gehört demnach das übergangene und nun zur Ergänzung in Vorschlag gebrachte Thatsachen- und Beweismateriale zu dem gesetzlich zulässigen neuen Vorbringen. Selbstverständlich ist es schon in der Berufungsschrift anzugeben. Aehnlich kann es sich bei Berufung wegen Mangelhaftigkeit oder Unzulänglichkeit eines Sachverständigengutachtens oder Augenscheines verhalten, oder wenn die Glaubwürdigkeit eines vernommenen Zeugen und darauf fußend die Richtigkeit der Beweiswürdigung bestritten wird.

Das Maß des zulässigen neuen Vorbringens ist für die Berufungsschrift und für die Mittheilung des Berufungsgegners das nämliche, wie für die mündliche Berufungsverhandlung. Das Gesetz (§. 488) erlaubt dem Berufungsgerichte nur aus dem Proceßmateriale erster Instanz und aus den in den Berufungsschriften angekündigten zulässigen Neuerungen zu schöpfen. Wofern nicht Rückverweisung der Sache ausgesprochen wird (§. 496), muß das Berufungsgericht sich damit zu behelfen wissen. Seine materielle Proceßleitung und deren Verwendung zur Sachverhaltsfeststellung reicht also im Berufungsverfahren nicht weiter, als das Anführungsrecht der Parteien.

Die Parteien müssen bei der mündlichen Berufungsverhandlung durch Advocaten vertreten sein (§. 463, Abs. 2). Da es aber

im Berufungsverfahren eigentliche Versäumungsfolgen nicht gibt, entsteht die Frage, wie vorzugehen ist, wenn eine Partei ohne Anwalt zur mündlichen Berufungsverhandlung erscheint. Die Verhandlung und die Entscheidung über die Berufung wird dadurch nicht aufgehalten (§. 491), und doch wird die Partei bei der Verhandlung nicht Alles thun dürfen, wozu der Anwalt berechtigt ist, sonst ließe sich nicht mehr von einem Anwaltszwange sprechen. Man wird die eigentliche Parteistellung von der Function der Partei als Auskunftsquelle und Beweismittel sondern müssen. Der Mangel der Advocatenvertretung äußert nur in ersterer Richtung Nachtheile. Die Partei verliert das Recht auf den Parteivortrag (§. 486, Abs. 4) und die sonstigen Rechte der Partei bei der mündlichen Verhandlung. Sie kann daher nicht an den Gegner zur Aufklärung des Sachverhaltes Fragen stellen oder durch den Vorsitzenden stellen lassen, es fehlt ihr das Fragerecht bei Zeugen- und Sachverständigenvernehmung, sie ist weder zur Antragstellung, noch zur Rüge von Mängeln befugt u. s. w. Dagegen kann die Partei, wenn es das Gericht für nöthig findet, zur Ermittlung des Sachverhaltes befragt (§. 182) und zu Beweiszwecken vernommen werden. Die Folge der fehlenden Advocatenvertretung ist also mit einem Worte die, daß die Partei das selbstständige Recht der Mitwirkung an der mündlichen Berufungsverhandlung verliert und nur insoweit an der Verhandlung mitwirken kann, als es das Gericht wünscht und anordnet, weil es die Erklärungen der Partei zur Ermittlung und wahrheitsmäßigen Feststellung der für die Berufungsentscheidung erheblichen Thatsachen braucht.

Ruhen des Verfahrens ist dem Berufungsstadium fremd. Denn das Ausbleiben beider Parteien von der mündlichen Berufungsverhandlung ist — wie eben gesagt wurde — ohne Einfluß auf den Fortgang der Berufungsverhandlung (§. 491). Die Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens (§. 168) läßt sich aber nicht auf das Berufungsverfahren übertragen. Im Verfahren erster Instanz leidet das Urtheil unter dem vereinbarten Ruhen weniger. Ist das Ruhen zu Ende, so muß die Verhandlung wieder aufgenommen werden, und das Gericht wird daher stets auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung, unter deren unmittel-

barem Eindrucke das Erkenntniß schöpfen können. Während des Ruhens kann sich im Proceßstande Manches geändert haben, es sind z. B. Zeugen gestorben, Beweisurkunden in Verlust gerathen, eine Partei ist gestorben oder verreist und kann nicht vernommen werden u. ä. Die Nachtheile daraus haben sich jedoch die Parteien, die das Ruhen vereinbart haben, selbst zuzuschreiben: das Gericht urtheilt auf Grund der Sachlage und mit Hilfe derjenigen Proceßmittel, die ihm zur Zeit zu Gebote stehen, da nach dem Willen der Parteien das Urtheil zu schöpfen ist. Ganz anders im Berufungsverfahren, dessen Zweck ist, das Urtheil erster Instanz zu überprüfen. Die Hauptbedingung, um dieser Function genügen zu können, ist ein gewisses zeitliches Verhältniß zwischen der Berufungsentscheidung und der Entscheidung erster Instanz. Das Berufungsverfahren muß so eingerichtet sein, daß aller Wahrscheinlichkeit nach das Berufungsgericht dieselben Proceßmittel benützen kann, die dem ersten Richter bei der Aburtheilung zur Verfügung standen. Diesem Gedanken entspricht die Normirung gesetzlicher, unerstreckbarer Fristen für die Erhebung der Berufung, und das ganze Berufungsverfahren ist eben deswegen mit Hilfe strengsten Officialbetriebes so construirt, daß in zwei oder drei Monaten nach der Entscheidung erster Instanz die des Berufungsgerichtes gefällt werden kann. Dieses Ziel des Gesetzes würde durch Vereinbarung des Ruhens vereitelt. Mittels solcher Vereinbarung vermöchten die Parteien das Urtheil des Berufungsgerichtes auf beliebige Zeit hinauszuschieben und dadurch dem Berufungsgerichte schließlich die Erfüllung seiner Aufgabe unmöglich zu machen, falls in der Zwischenzeit das Inventar der Proceßmittel wesentliche Ausfälle erlitten hätte. Die Vereinbarung des Ruhens würde somit den letzten Zweck des Berufungsverfahrens gefährden und jedenfalls in diesem so wesentlich anders wirken als in erster Instanz, daß von einer analogen Anwendung der Vorschrift des §. 168 in der Berufungsinstanz keine Rede sein kann.

5. Berufungsentscheidung.

a) Unter den gesetzlichen Vorschriften über die Berufungsentscheidung ist die Vorschrift des §. 496 über die Verweisung der Sache zu neuer meritorischer Verhandlung wohl die viel-

seitigste. Ob man davon immer richtig Gebrauch macht, darüber läßt sich noch nichts sagen. Die statistischen Ziffern der Urtheilsaufhebungen nach §. 496 haben nichts Auffälliges. Sie zeigen im Durchschnitte weder einen Ueberschwang der Berufungsinstanz, noch werfen sie auf die Proceßführung in erster Instanz ein schlechtes Licht.

Oberlandesgerichtssprengel	In mündlicher Verhandlung erledigte Berufungsfälle		Aufhebung gemäß §. 496	
	bezirksger. Proceß	Gerichtshofsproceß	bezirksger. Proceß	Gerichtshofsproceß
Wien	613	276	14	5
Prag	1006	226	24	3
Brünn . . .	352	88	8	—
Graz	518	75	19	2
Innsbruck . .	155	42	4	—
Triest	277	64	22	2
Zara	249	18	32	1
Krakau . . .	552	113	53	5
Lemberg . . .	1283	243	183	51

Damit bei den Urtheilsaufhebungen immer das rechte Maß eingehalten wird, ist ein Dreifaches ins Auge zu fassen: das Verhältniß der Urtheilsaufhebung oder allgemeiner der Vorschriften des §. 496 zum Berufungsantrag, das Verhältniß zur mündlichen Berufungsverhandlung und endlich das Verhältniß zur neuen meritorischen Verhandlung.

In ersterer Beziehung ist es von Wichtigkeit, ob das Berufungsgericht — wie Manche meinen — die Mängel des §. 496 von amtswegen aufzugreifen hat. Nach dem Gesetze sind von amtswegen im Berufungsverfahren nur die Nichtigkeitsgründe und die beiden Punkte zu beachten, für die dies positiv vorgeschrieben ist, nämlich Streitanhängigkeit und Rechtskraft (§§. 233, 411,

Abs. 2). Wenn das Gesetz allgemein festsetzt, daß die Streitanhängigkeit und Rechtskraft von amtswegen zu berücksichtigen sind, enthält dies natürlich zugleich die erforderliche Anweisung auch für das Rechtsmittelverfahren. Die absolute Unzuständigkeit gehört nicht in diese Gruppe, sondern figurirt im §. 477, Z. 3 als Nichtigkeitsgrund. Für die Nichtigkeitsgründe würde sich das amtliche Aufgreifen wohl von selbst verstehen, das Gesetz befiehlt aber zu allem Ueberflusse ausdrücklich, das Urtheil aufzuheben, wenn auch die Nichtigkeit von den Parteien nicht geltend gemacht wurde (§. 494). Im Gegensatze zu diesen beiden Gruppen ist den im §. 496 aufgezählten Mängeln weder irgendwo im Gesetze eine gleiche absolute Wirksamkeit wie der Rechtskraft oder Streitanhängigkeit verliehen, noch wird in Ansehung ihrer das Begehren der Partei in gleicher Weise für nebensächlich erklärt, wie betreffs der Nichtigkeitsgründe. Dasselbe Ergebniß hat die Betrachtung eines „ähnlichen, in den Gesetzen bestimmt entschiedenen Falles". Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache nicht zuließ (§. 496, Z. 2), ist nicht blos Berufungs-, sondern auch Revisionsgrund (§. 503, Z. 2). Aber nur Nichtigkeiten hat die Revisionsinstanz von amtswegen wahrzunehmen (§. 510) — wie im Berufungsverfahren — wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens muß die Revision ausdrücklich begehrt werden, sonst findet eine Prüfung des Berufungsverfahrens in dieser Richtung nicht statt. Zu Gunsten des amtlichen Aufgreifens der fraglichen Mängel läßt sich endlich auch nicht der Wortlaut des §. 496[1]) ins Treffen führen. Die Vorschriften über die Berufungsentscheidung — das ist die Marginalrubrik für die §§. 494 ff. — müssen doch wohl auf der Basis aller vorausgehenden Normen über die Erhebung der Berufung und das Berufungsverfahren verstanden und interpretirt werden. Die Berufungsvorschriften bilden ein zusammenhängendes Ganzes. Wenn das Gesetz an einer früheren Stelle die ausschließliche Disposition der Parteien über die Berufungsgründe anerkannt hat (§. 483, Abs. 1), darf daher eine nach-

[1]) Die Sache ist vom Berufungsgerichte ... zurückzuweisen u. s. w.

folgende Norm nicht im Sinne der Verleugnung dieser Disposition ausgelegt werden.

Unter den inneren Gründen für jene irrige Ansicht ist der bestechendste wohl die Behauptung, das Berufungsgericht müsse auf die Mängel des §. 496 von amtswegen eingehen können, weil es sonst unter Umständen die begehrte Sachentscheidung überhaupt nicht fällen kann. Aber dieses Argument führt viel zu weit. Das ganze Berufungsverfahren müßte dann, was es de lege lata gewiß nicht ist, eine blos durch den Berufungsantrag begrenzte amtliche Untersuchung werden. Daß das Berufungsgericht jenseits der im §. 496 aufgezählten Mängel immer alles aus den Acten oder durch die mündliche Berufungsverhandlung empfängt, was es für die meritorische Entscheidung wissen möchte oder seiner Ansicht nach wissen muß, dafür besteht nicht die geringste Sicherheit. Damit muß man sich befreunden, wenn der Partei freigestellt wird, dasjenige im Urtheil nach ihrem Gutdünken zu bezeichnen, was ihr nicht gefällt, und wenn ihr unter den verschiedenen mehr oder weniger zutreffenden Anfechtungsgründen unbeschränkte Wahl gelassen wird. Ist aber bei diesem System nie völlig zu vermeiden, daß das Berufungsgericht erforderliches, wesentliches Entscheidungsmateriale nicht besitzt, so kann diese Folge natürlich nicht gerade einer einzelnen bestimmten Complication, wie beispielsweise der des §. 496, Z. 2, als Gegenbeweis vorgehalten werden. Daneben ist noch etwas Anderes sehr zu erwägen. Gesetzt, es ist der Mangel des §. 496, Z. 2 nicht blos weniger deutlich als Berufungsgrund bezeichnet, sondern der Berufungswerber hat wirklich gegen das Verfahren erster Instanz einen solchen Tadel überhaupt nicht erhoben. Das Berufungsgericht soll sich nun ungerufen zum Kritiker des erstrichterlichen Verfahrens aufwerfen dürfen, es soll hierin weiter gehen dürfen als die Parteien wollen, die doch am Verfahren theilnahmen? Sein Wissen soll ohne Unterstützung durch die Parteien ein besseres sein? Welche verhängnißvolle Bedeutung würden dann bald die Acten erhalten, wie leicht könnte das Streben der Parteien und des ersten Richters nach baldiger Entscheidung des Streitfalles vereitelt werden? Der Partei ist erfahrungsgemäß die rasche Erlangung

eines rechtskräftigen Urtheiles oft mehr werth, als ein bis ins Letzte ausgefeiltes Erkenntniß. Dieser Gesichtspunkt beeinflußt sie möglicherweise auch bei der Entschließung, ob und wie weit sie sich gegen das Urtheil beschwert. Das Berufungsgericht sollte nun die Rechnung des Berufungswerbers durch unerbetene Correcturen des Verfahrens, aus freien Stücken zunichte machen können? Wenn man an das praktische Ziel des Processes denkt, den Proceß als Glied des Rechtsverkehres betrachtet, erweist sich daher jene Ansicht auch als praktisch unhaltbar. Und ebensowenig können betreffs der beiden anderen Mängel die Parteien einfach übergangen werden. Darum ist eben die Erhebung der Berufung an die Mitwirkung eines Rechtskundigen gebunden, damit die Parteien nicht aus Versehen über Fehlerhaftes hinweggehen; aber die Fehler, deren Abstellung sie wollen, müssen die Parteien bezeichnen. Daß erheblich scheinende Thatsachen in erster Instanz nicht erörtert wurden (§. 496, Z. 3), kann ebensogut wie auf einer falschen Rechtsauffassung des Richters darauf beruhen, daß die Partei über diese Umstände keine Aufschlüsse geben wollte. Sie darf doch schweigen. Der Richter kann sie auffordern und durch Fragen hinwirken, daß die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht werden (§. 182, Abs. 1), aber er kann sie nicht dazu zwingen. So weit hält die Civilproceßordnung bekanntlich den Verhandlungsgrundsatz fest. Daraus ergibt sich aber unabweisbar, daß auf den Mangel des §. 496, Z. 3 nur auf Antrag einer Partei Rücksicht genommen werden kann. Wenn der erste Richter die von der Partei gewollten Lücken des Sachverhaltes hinnehmen muß, wird im Berufungsverfahren, das meritorisch der Parteiendisposition fast noch mehr zugesteht, nicht das Entgegengesetzte gelten können. Würde das Berufungsgericht jenen Mangel von amtswegen aufgreifen dürfen, so läge darin eine Verneinung der Anführungsfreiheit, die der Partei in erster Instanz eingeräumt ist. Aus allem dem folgt: die Mängel des §. 496 werden im Berufungsverfahren nur zu beachten sein, wenn sie als Berufungsgründe bezeichnet werden oder der geltend gemachte Berufungsgrund zugleich die Beschwerde wegen eines dieser Mängel nothwendig in sich schließt.

Das Zweite ist das Verhältniß zur mündlichen Berufungsverhandlung. Die Berufung, die wegen einer der im §. 496 bezeichneten Mängel erhoben wird, kann zu einem dreifachen Ergebnisse führen:

1. Das Berufungsgericht kann beim Vorhandensein des behaupteten Berufungsgrundes die Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles aussprechen und die Sache an das Proceßgericht erster Instanz zur neuen Verhandlung und Urtheilsfällung zurückweisen (§. 496, Abs. 1);

2. es kann die Aufhebung des Urtheiles aussprechen und sodann beschließen, die Sache sei vor dem Berufungsgerichte neu zu verhandeln (§. 496, Abs. 3);

3. die nach Ansicht des Berufungsgerichtes erforderliche Ergänzung der erstrichterlichen Verhandlung kann unmittelbar in der mündlichen Berufungsverhandlung geschehen. Nämlich so, daß nicht das erstrichterliche Urtheil formell aufgehoben und neue Verhandlung angeordnet wird, sondern das Berufungsgericht hilft kurzer Hand durch die mündliche Berufungsverhandlung selbst dem Mangel ab und ändert auf Grund dieser Verhandlung gleich das angefochtene Urtheil dem Berufungsantrage gemäß meritorisch ab oder ergänzt es.

In den beiden ersten Fällen finden also zwei Verhandlungen statt, und es ergehen drei richterliche Entscheidungen: Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles, Rückverweisung an die erste Instanz oder Beschluß auf Verhandlung in zweiter Instanz, endlich neue meritorische Entscheidung an Stelle des aufgehobenen Urtheiles. Im dritten Falle wird dagegen Alles mit einer einzigen Verhandlung und Entscheidung abgethan. Die sonst nothwendige formelle Urtheilsaufhebung und die formelle Anordnung neuer Verhandlung entfallen hier; die Proceßleitung führt darüber hinweg gleich zur neuen meritorischen Entscheidung. Hieraus erhellt, um wie viel einfacher letztere Methode ist. Wann nach ihr vorzugehen, wann Rückverweisung besser sein wird, ist allerdings Frage des einzelnen Falles. Die Persönlichkeit der Parteien, ihr Wohnort, Person und Wohnort ihrer Vertreter, Höhe und Werth des Streitgegenstandes, die Kosten, Inhalt und Beschaffenheit der neuen oder genauer zu

erörternden Thatsachen, die Art der zu Gebote stehenden Beweise, Werth der unmittelbaren Beweisaufnahme und deren Ausführbarkeit vor dem Berufungsgerichte, der wirthschaftliche Zweck des Processes u. ä. sind dabei in Erwägung zu ziehen. Und zwar ist dies Alles schon thunlichst bei Anberaumung der mündlichen Berufungsverhandlung zu überlegen, um die Beweisaufnahmen vorbereiten und für eine concentrirte Berufungsverhandlung sorgen zu können (§§. 481, 183). Wo man irgendwie Hoffnung hat, mit der mündlichen Berufungsverhandlung und mit Beweisergänzungen und Beweiswiederholungen durchzukommen, sollte immerhin versucht werden, den Mangel im Wege der mündlichen Berufungsverhandlung zu saniren.

Läßt sich die Rückverweisung an die erste Instanz oder eine neue ergänzende Verhandlung vor dem Berufungsgerichte nicht umgehen, so darf sich der fragliche Beschluß nicht auf die Aufhebung des angefochtenen Urtheiles und die Rückverweisung oder Verweisung zu ergänzender Verhandlung beschränken. Immer ist auch die rechtliche Beurtheilung des Streitfalles bekanntzugeben, von der das Berufungsgericht bei der Urtheilsaufhebung und Verweisung ausgegangen ist (§. 499, Abs. 2). Das ist ein für die Zahl der Urtheilsaufhebungen nicht unwichtiges Moment. Die Sache wird manchmal eine andere Wendung nehmen, wenn das Berufungsgericht, anstatt nur zu verwerfen und zurückzuweisen, auch aufbauen muß. Hat es sich einmal den Rechtsfall construirt, so wird es oft lieber gleich selbst meritorisch entscheiden, als die meritorisch dann doch nicht mehr fragliche Entscheidung auf die lange Bank schieben. Diese Kundgebung der eigenen Rechtsansicht ist aber auch dringend nothwendig, um der neuen Verhandlung den richtigen Curs zu geben und zu verhüten, daß bei der neuen Verhandlung vor dem Proceßgerichte erster Instanz oder vor einem anderen Senate des Berufungsgerichtes die früheren Fehler ganz oder zum Theil sich wiederholen. Endlich wird dadurch — gewissermaßen als Compensation für die Verdopplung der Verhandlung — verbürgt, daß das Ergebniß der neuen Verhandlung dem Grundgedanken nach meritorisch auf die Billigung des Berufungsgerichtes rechnen kann. Sonst ist des

Hinauf und Herunter kein Absehen. Das Berufungsverfahren muß mit einem Worte, wenngleich eine neue Verhandlung des Streitfalles darauf folgt, seinen Nutzen für die Austragung des Rechtsstreites haben. Dieser besteht aber darin, daß das Berufungsgericht mit verbindlicher Kraft für die beiden unteren Instanzen den für die meritorische Entscheidung maßgebenden juristischen Gesichtspunkt feststellt. Die im Verweisungsbeschlusse ausgesprochene rechtliche Beurtheilung bindet infolge dessen auch den Berufungssenat selbst, wenn nach Rückverweisung an die erste Instanz die Sache im Berufungswege wieder vor ihn gelangt. Ohne dieses wäre die Bindung der ersten Instanz (§. 499, Abs. 2) zwecklos. Das Gesagte hat auch für die Revisionsinstanz Giltigkeit, wenn sie das Berufungsurtheil nach §. 503, Z. 2 aufhebt und neue Verhandlung zur Erledigung der Sache anordnet (§§. 510, Abs. 1; 511, Abs. 1).

Angaben über die Umstände, die in der neuen Verhandlung erörtert, und über die Beweise, die aufgenommen werden sollen, sind keine Entschädigung für das Vorenthalten der rechtlichen Beurtheilung der Rechtsmittelinstanz. Es wäre z. B. unrichtig, wenn das erstrichterliche Urtheil (Berufungsurtheil) wegen mangelhaften Verfahrens aufgehoben würde und die Rechtsmittelinstanz, ohne ihre Rechtsansicht auszusprechen, dem iudex a quo auftragen wollte, bestimmte Zeugen zu vernehmen, die in erster Instanz durchgeführten Zeugenbeweise unter Gegenüberstellung der Zeugen zu wiederholen, nach Maßgabe des Resultates dieser Confrontirung etwa noch weitere vom Beklagten angebotene Beweise zur Klarstellung des Falles aufzunehmen und sodann neuerlich zu entscheiden. Oder statt Mittheilung der Rechtsansicht Auftrag an das Proceßgericht, zur Aufklärung einzelner im Beschlusse aufgezählter Punkte die Ermittlungen zu ergänzen und die vom Beklagten angebotenen Beweise aufzunehmen. Das wäre zu wenig und zu viel. Zu wenig, weil jede Andeutung, geschweige denn eine Erklärung über die rechtliche Beurtheilung fehlt, die der neuen Entscheidung zu Grunde zu legen sein wird. Zu viel aber, weil das Untergericht nach dem Gesetze nur in Bezug auf den constatirten Mangel des Verfahrens und die rechtliche Beur-

theilung gebunden werden kann, jedoch nicht betreffs der Mittel der Sachverhaltsfeststellung und der Erfordernisse seiner Wahrheitsbeurtheilung. Die Berufungs- oder Revisionsinstanz hat auszusprechen, daß die fragliche Verhandlung aus den und jenen Ursachen eine gründliche Beurtheilung der Streitsache oder der Wahrheit erheblicher Umstände nicht ermöglicht und daher zu erneuern, zu ergänzen sei. Das Gericht, das die Verhandlung vornimmt, wird sich dabei von der mitgetheilten Rechtsansicht der höheren Instanz leiten lassen und außerdem bei der neuen Verhandlung den früher unterlaufenen Mangel vermeiden müssen. Außerhalb dessen ist es aber selbstständiges Proceßgericht, es wird nicht zu einem Executivorgan, zu einem ersuchten Richter der Rechtsmittelinstanz. Das Gesetz will, daß dem Richter für die neue Verhandlung das Ziel bezeichnet wird, nicht einzelne Mittel. Die Berufungs- oder Revisionsinstanz hat somit bei solchen Urtheilsaufhebungen indirect in der Sache selbst zu entscheiden, nicht Beweisbeschlüsse zu fassen, die der freien Beweiswürdigung und Wahrheitsbeurtheilung des Richters nahetreten und vorgreifen. Auch hier heißt es durch Concentration Kraft und Kosten sparen. Soweit die Rechtsmittelinstanz jetzt schon entscheiden kann, soll sie dies thun: um entweder ein abermaliges Einlegen desselben Rechtsmittels zu verhindern oder doch das neue Rechtsmittelverfahren auf die Acte der nachfolgenden neuen Verhandlung einzuschränken.

Deswegen kann auch nicht der Rückverweisungsbeschluß bei der weiteren Verhandlung die Stelle eines Beweisbeschlusses vertreten. Die nothwendigen Beweisaufnahmen sind vielmehr auf Grund der neuen Verhandlung durch eigenen Beweisbeschluß des erkennenden Gerichtes wie sonst anzuordnen.

b) Eine andere erwähnenswerthe Frage aus dem Gebiete der Berufungsentscheidung betrifft die Stellung des Berufungsgerichtes zur unrichtigen Rechtsanwendung. Unrichtige Anwendung des materiellen Rechtes kann vom Berufungsgerichte nur unter den allgemeinen Bedingungen und Schranken berufungsgerichtlicher Prüfung und Entscheidung corrigirt werden: also nur innerhalb der Grenzen des Berufungsantrages und soweit der geltend-

gemachte Berufungsgrund zur Kritik der rechtlichen Beurtheilung der Sache Anlaß gibt. Denn das Urtheil ist von demjenigen Gesichtspunkte aus zu überprüfen, den der Berufungswerber dem Berufungsgerichte bezeichnet hat (Berufungsgrund). Ist dies nicht der Gesichtspunkt unrichtiger rechtlicher Beurtheilung, so fehlt dem Berufungsgerichte die gesetzliche Berechtigung, sich in die juristische Kritik des Spruches einzulassen und die Rechtsanwendung des ersten Richters durch seine eigene bessere Rechtsanwendung zu ersetzen. Ein z. B. nur wegen unzutreffender Beweiswürdigung angefochtenes Urtheil, das aber nach Ansicht des Berufungsgerichtes auf richtiger Sachverhaltsfeststellung beruht, kann nicht vom Berufungsgerichte deswegen abgeändert werden, weil das materielle Recht auf den vom ersten Richter angenommenen Sachverhalt falsch angewendet ist. Das Erforderniß eines Berufungsgrundes ist aber nicht etwa zu verstehen als Erforderniß der detaillirten Bezeichnung aller einzelnen vermeintlich unterlaufenen juristischen Unrichtigkeiten, die das Berufungsgericht zu untersuchen, oder aller einzelnen Normen, die es anzuwenden hätte. Es genügt vielmehr die Erklärung des Berufungswerbers, daß ein bestimmter Ausspruch in dem und jenem Punkte auf unrichtiger rechtlicher Beurtheilung der Sache beruht und statt dessen ein bestimmter anderer Ausspruch gewünscht wird. Das Berufungsgericht hat dann nicht blos die Rechtssätze, auf die sich das Gericht erster Instanz thatsächlich gestützt hat, und die Richtigkeit ihrer Anwendung nachzuprüfen, sondern, falls es findet, daß der Ausspruch in der That eine unrichtige rechtliche Beurtheilung enthält, nun von amtswegen alle seiner Ansicht nach in Betracht kommenden Rechtssätze anzuwenden, wenngleich sich auf diese in erster Instanz oder in der Berufungsverhandlung von keiner Seite bezogen wurde. Eine andere Frage ist es, wann das Gericht wegen wahrgenommener Verletzung zwingenden Rechtes von amtswegen das angefochtene Urtheil zu reformiren hat. Das beantwortet sich nicht nach Proceßrecht, sondern darnach, in welchem Ausmaße die Rechtsordnung dem bestimmten Verhältnisse gegenüber der Willkür der Parteien normirende Kraft zuerkennt.

c) Die Einrede einer Gegenforderung kann sich auch im Berufungsverfahren bemerkbar machen. Auf mehrfache Art. Enthält das erstrichterliche Urtheil (Endurtheil) eine meritorische Aberkennung der Gegenforderung, so entscheidet entweder das Berufungsgericht gleich in der Sache selbst, dann ist nichts weiter zu sagen, oder es wird der Ausspruch über die Gegenforderung nach §. 496 aufgehoben. Die Rückverweisung läßt unter der Voraussetzung, daß die Gegenforderung mit dem Klagsanspruche nicht im rechtlichen Zusammenhange steht, den im selben Urtheile enthaltenen Ausspruch über die Klagsforderung unberührt. Dieser Ausspruch wird trotz der Rückverweisung rechtskräftig und vollstreckbar, wie wenn vorläufig blos über die Klagsforderung entschieden worden wäre, weil die Verhandlung über die Gegenforderung noch nicht zur Entscheidung reif ist. Aus dem Endurtheile erster Instanz wird durch die Berufungsentscheidung nicht formell ein Theilurtheil, aber es treten der Sache nach die nämlichen Wirkungen ein, als ob in erster Instanz über den Klagsanspruch Theilurtheil gefällt worden wäre (§. 391, Abs. 3). Nur der Spruch über die Gegenforderung wird zu neuer Verhandlung verwiesen. Der rechtskräftige Theil des ursprünglichen Urtheiles, der nun sozusagen als selbstständiges Urtheil fortlebt, wird zu der Entscheidung über die Gegenforderung in dem gleichen Verhältnisse stehen, wie dies früher (S. 213f.) für das Theil- und Endurtheil dargelegt wurde. Auf das dort Gesagte hat auch die Formulirung der Entscheidung über die Gegenforderung (Ausspruch über deren Bestand oder auch über die Compensation) Bedacht zu nehmen. Zwei weitere Eventualitäten, die vorkommen können, sind: das erstrichterliche Urtheil lehnt die Entscheidung über die Gegenforderung wegen Nichtliquidität ab, oder es ergeht als Theilurtheil unter gleichzeitiger Fortsetzung der Verhandlung über die Gegenforderung. Im letzteren Falle liegt die Sache plan. Die Berufung ist zunächst nur gegen das Theilurtheil und später nur gegen das Endurtheil über die Gegenforderung gerichtet, jedes der beiden Berufungsverfahren verläuft für sich. Wenn hingegen der Beklagte wegen irriger Verweigerung der Verhandlung über die Gegenforderung Berufung erhebt, ist

nicht so sehr das Urtheil in merito, als der damit vereinigte Beschluß des ersten Richters betreffs Nichtfortsetzung der Verhandlung Gegenstand der Anfechtung. · Wenn das Gericht nach dem Gesetze (§. 391, Abs. 3) vorgeht, fällt es Urtheil über den Klagsanspruch (Theilurtheil) und beschließt zugleich Fortsetzung der Verhandlung über die Gegenforderung. Letzteres ist nicht Inhalt eines Urtheiles. Mit der Berufung beschwert sich demnach hier der Beklagte wegen unterlassener, abgelehnter Fortsetzung der Verhandlung. Die richtigste Form dafür wäre der Recurs. Es muß aber zur Berufung gegriffen werden, weil das Gesetz kein anderes Rechtsmittel gewährt, wenn der Beschluß dem Urtheile eingefügt ist. Das Berufungsgericht, das die Berufung begründet findet, wird nur diesen Beschluß abändern und dem ersten Richter die Fortsetzung der Verhandlung auftragen. Es hat mit anderen Worten blos diejenige Proceßsituation herzustellen, die schon der erste Richter kraft der Vorschrift des §. 391, Abs. 3 hätte schaffen sollen. Soweit das erste Urtheil über den Klagsanspruch entscheidet, kann es bestätigt, meritorisch abgeändert oder zu neuer Verhandlung zurückverwiesen werden. Im letzteren Falle verbindet sich die neue Verhandlung mit der Verhandlung über die Gegenforderung, sonst geht das Urtheil über den Klagsanspruch nunmehr hinsichtlich Rechtsmittelzug und Rechtskraft seine eigene Bahn. Es wiederholen sich hier die nämlichen Erscheinungen und Regeln, wie wenn das Endurtheil blos in Ansehung des Spruches über die Gegenforderung nach §. 496 aufgehoben wird. Der Auftrag, die Verhandlung über die Gegenforderung fortzusetzen, fügt daher dem Kläger an seinem Rechte keinen Schaden zu und hält ihn namentlich nicht in der Beitreibung seines Anspruches auf.

Bisher wurde davon ausgegangen, daß zwischen Klags- und Gegenforderung ein rechtlicher Zusammenhang fehlt. Die Ansichten der beiden Instanzen können jedoch gerade darüber divergiren, ob die eingewendete Gegenforderung mit dem Klagsanspruche im rechtlichen Zusammenhange steht. Die erste Instanz nimmt einen solchen Zusammenhang nicht an und erkennt infolge dessen über den Klagsanspruch mittels Theilurtheiles. Das Berufungsgericht ist der entgegengesetzten Anschauung. Der Leitgedanke

für die Lösung dieses Conflictes ist offenbar der, daß die abgesonderte Entscheidung über den Klagsanspruch unter Vernachlässigung der connexen Gegenforderung — vom Standpunkte des Beklagten aus gesehen — sich als unvollständige Erledigung der Sachanträge (§. 496, Z. 1) darstellt. Wegen des rechtlichen Zusammenhanges können hier nicht, wie bei der eigentlichen Compensation, zwei Entscheidungen vorkommen, die beide für sich richtig sind und sich nur bei eventueller Begegnung hemmen, etwa wie zwei sich schneidende Linien. Vermöge des rechtlichen Zusammenhanges muß das Gericht vielmehr Klagsanspruch und Gegenforderung in eins verarbeiten, es kann aus dem Vorbringen der beiden Parteien immer nur eine einheitliche Consequenz gezogen werden: der Anspruch des Klägers besteht, oder er besteht nicht, oder er besteht nur zum Theile. Es ist eine Art Specification. Klagsanspruch und Gegenforderung verlieren ihre (scheinbare, nur processuale) Selbstständigkeit und gehen ohne Rest in dem aus beiden vom Richter gewonnenen Bilde des bestehenden, im Urtheile determinirten Rechtsverhältnisses auf. Von diesem Rechtsverhältnisse brachten Klagsanspruch und Gegenforderung jede für sich nur eine einzelne Seite zur Anschauung; in ihm leben sie beide, soweit berechtigt, weiter. Es ist also etwas ganz Anderes als bei mangelndem rechtlichem Zusammenhange, wo Klagsanspruch und Gegenforderung ihre (juristische und wirthschaftliche) Sonderexistenz behalten, in der Cognition wie im Urtheile selbstständige Factoren bleiben. Bei rechtlichem Zusammenhange verschwindet die Vertheidigung des Beklagten somit nothwendigerweise im Erkenntnisse über den Klagsanspruch, sie veranlaßt nicht ein Erkenntniß über ein vom Klagsanspruch abgesondertes, selbstständiges „verneinendes Recht". Darum muß hier auch das praktische Moment außer Frage bleiben, daß eine Trennung dem Anspruche des Klägers früher zur Execution verhelfen würde. Denn letzterer Anspruch ist bei rechtlichem Zusammenhange mit der Gegenforderung überhaupt nicht früher zur Entscheidung reif, als bis auch über die Gegenforderung erkannt werden kann. Die Verpflichtung, mit der Entscheidung über den Klagsanspruch bis dahin zu warten, ist ein grundsätzliches Postulat der Aburtheilung combinirter, aus

gegenseitigen Rechten und Verpflichtungen bestehender Thatbestände, von dem kein Gesetz befreien kann. Das Berufungsgericht, das einen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Klags- und Vertheidigungsmateriale annimmt, wird demnach unter Aufhebung des Theilurtheiles die Sache an das Proceßgericht erster Instanz zurückzuweisen haben (§. 496); bei der neuen Verhandlung und Urtheilsfällung ist auch die Gegenforderung zu berücksichtigen. Wider diese Auffassung kann weder eingewendet werden, daß die Vorschrift des §. 496, Z. 1 nur „das Endurtheil" erwähnt, noch läßt sich daraus ein Einwand herholen, daß im Falle der Aufhebung des Urtheiles nach §. 496, Z. 1 das neue Verfahren auf die unerledigt gebliebenen Anträge und Ansprüche zu beschränken ist (§. 496, Abs. 2). Die Civilproceßordnung normirt allgemein, das Theilurtheil sei in Betreff der Rechtsmittel „als ein selbstständiges Urtheil zu betrachten" (§. 392, Abs. 1). Das „selbstständige Urtheil" begreift auch das Endurtheil in sich. Die Bestimmung des §. 496, Z. 1 wird für Theilurtheile eventuell ein Bedürfniß sein. Der Beklagte anerkennt den Klagsanspruch im vollen Umfange, das Proceßgericht schöpft Theilurtheil (§. 391, Abs. 1), spricht aber darin dem Kläger den Klagsanspruch nur in beschränktem Umfange, nur theilweise zu. Der Kläger muß hier berufen können, denn das Ergänzungsurtheil bietet ihm, weil nicht ein Anspruch übergangen wurde (§. 423, Abs. 1), keine Hilfe. Liegen aber die Verhältnisse nicht klar, so wird möglicherweise Aufhebung des Urtheiles nach §. 496, Z. 1 erfolgen müssen. Der zweite Einwand würde deshalb nicht zutreffen, weil die Aburtheilung über den Klagsspruch mittels Theilurtheiles aus dem für die Proceßentscheidung maßgebenden Gesammtthatbestande willkürlich ein Stück herausreißt. Weder der Klagsantrag ist damit erledigt, noch weniger ist das Theilurtheil Erledigung der Sachanträge des Beklagten. Aus dem Rechtsverhältnisse der Gegenforderung können in jedem Augenblicke unvermeidliche Modificationen der Beurtheilung des Klagsanspruches hervorbrechen, die beweisen, daß diese Beurtheilung noch keine allseitige, endgiltige ist. Solange die Zuerkennung des Klagsanspruches wegen der Gegenforderung aufgehoben oder eingeschränkt werden kann,

läßt sich von einer vollständigen Erledigung der Sachanträge des Klägers nicht sprechen. Was über die Bedeutung des „rechtlichen Zusammenhanges" gesagt wurde, ist selbstverständlich bei Lösung von Complicationen des Berufungsverfahrens auch dann zu berücksichtigen, wenn das Vorhandensein eines solchen Zusammenhanges außer allem Streite steht.

d) Dann noch eine Zuständigkeitsfrage, die nicht überall gleich aufgefaßt wird. Der Beisatz, daß ein bezirksgerichtliches Urtheil in Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit gefällt ist (§. 446), hat für das Berufungsgericht nur insoferne eine Bedeutung, als es, wenn seine eigene Zuständigkeit wegen dieses Beisatzes angefochten wird, zu constatiren hat, ob und welchen Beisatz das erstrichterliche Urtheil enthält. Ob der Beisatz, wenn er sich nicht auf Parteiübereinkommen stützt, begründet, gerechtfertigt ist, das entzieht sich der Ueberprüfung des Berufungsgerichtes ebenso wie die Frage, ob der vermöge Parteiübereinkommens in das Urtheil aufgenommene Beisatz der Beschaffenheit der Rechtssache entspricht. Denn sowohl die Aufnahme wie die Nichtaufnahme des Beisatzes ist der Anfechtung entzogen (§. 446, Abs. 2), und die bedingungslose Anerkennung des Parteiübereinkommens schließt es zugleich aus, daß hier auf die Unzuständigkeit etwa von amtswegen Bedacht genommen werden könnte (§. 477, Z. 3). Das Urtheil erster Instanz kann somit wegen dieses Beisatzes weder von amtswegen aus dem Titel der sachlichen Unzuständigkeit aufgehoben, noch von den Parteien deshalb angefochten werden. Das Gericht erster Instanz stellt vielmehr durch den Beisatz seine eigene sachliche Zuständigkeit endgiltig fest.

e) Die Berichtigung von Unrichtigkeiten im Thatbestande des Berufungsurtheiles, Ergänzungen oder Erläuterungen dieses Thatbestandes sind — analog dem Verfahren erster Instanz — mittels Antrages bei dem Berufungsgerichte, nicht durch Revision oder bei der Revisionsinstanz zu erwirken. Im Uebrigen ist sich bei der Berichtigung an die Vorschriften des §. 420 zu halten.

XI.

Der Recurs.

Schon die Novellargesetzgebung zu den Gerichtsordnungen hat sich von dem Systeme der gleichen Anfechtbarkeit aller Beschlüsse abzuwenden begonnen. Sowie man einmal auf den Zweck im Processe sieht, ergeben sich die Abstufungen in allen seinen Bestandtheilen von selbst. Die Zuständigkeitsfrage hat, aus dem Gesichtswinkel des Zweckes betrachtet, einen anderen Werth als die Hauptsache, die Incidenzstreitigkeiten sind nicht alle gleich wichtig und treten insgesammt vor der Hauptsache zurück, den einzelnen richterlichen Verfügungen wohnt verschiedene Tragweite inne u. s. f. Die geschichtliche Entwicklung und die Doctrin hatten den Proceß wie eine Kette gestaltet, die aus lauter gleichen Gliedern besteht und auch wie eine Kette die Rechtsverfolgung fesselte und lähmte. Hier mußte die Gleichheit zerstört werden, denn es gibt keine leistungsfähige Maschine, deren Räder sämmtlich denselben Durchmesser, deren Stangen, Hebel und Kolben alle dieselben Dimensionen haben, bei deren Aufbau mit einem Worte statt der mechanischen und physikalischen Gesetze nur auf das Formprincip der Symmetrie geachtet würde. Im Proceß gipfelt dieses Formprincip in der Fiction der Gleichwerthigkeit aller Beschlüsse, eine Fiction, deren Unwahrheit wohl nur von ihrer Schädlichkeit übertroffen wird. Letztere haben wir praktisch kennen gelernt. An der Endlosigkeit der früheren Processe war nicht zum geringen Theile die — von der Chicane weidlich ausgenützte — selbstständige Anfechtbarkeit jedes gerichtlichen Beschlusses schuld. Da sich dies außerdem mit Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und

mit der Concentration der Verhandlung schlecht vertragen hätte, mußte es der Einführung eines besseren Rechtsschutzsystems weichen. Was einst als äußerste Vollendung des Rechtsschutzes gedacht war, wurde nun als ein Hinderniß seiner Vollwirkung beseitigt. Der Rechtsschutz besteht nicht darin, daß aus möglichst viel Anlässen eine möglichst große Zahl von Instanzen angerufen werden kann; die geringfügigen, vorübergehenden Interessen der Proceßführung unbeschränkt durch Rechtsmittel schützen, heißt im Gegentheile den Schutz des materiellen Rechtes, des Klagsanspruches, also den eigentlichen Proceßzweck gefährden. Das frühere System war das der strengen Linien. Das Gericht hatte bei allen seinen dienenden, vermittelnden, proceßleitenden Verfügungen diese Linien genau einzuhalten, und man ließ ihm Zeit dazu. Lieber langsam, als auch nur in Kleinigkeiten und Nebensachen ein Verstoß, ein Versäumniß. Darum Recurs gegen jeden Bescheid, wodurch eine Satzschrift dem Gegner zugestellt wurde u. s. w. Der heutige Richter erfreut sich dieser Muße nicht mehr. Das Recht kann, wenn verletzt oder bedroht, nicht auf Schutz warten. Darum zeichnet das neue Proceßrecht dem Richter für einen Theil seiner Thätigkeit, wenn man sagen darf, nicht mehr eine scharfe Linie vor, sondern einen Weg. Der richterlichen Bewegung ist für manche Acte gewissermaßen eine neutrale Zone eröffnet. Ob mehr rechts oder mehr links, das ist dann belanglos, daran soll der Richter in derlei minder wichtigen Dingen nicht Sorgfalt und Zeit wenden. Der Proceßgang ist also nun ein System combinirter Linien und Flächen geworden: die letzteren bezeichnen zugleich die Stellen, wo die selbstständige Anfechtbarkeit der richterlichen Beschlüsse aufgehoben ist. Die frühere Methode des Gesetzes war unbestritten einfacher. Wer im Gesetze weniger fest ist, wird sich jetzt bei manchem Beschlusse erst überlegen müssen, ob er anfechtbar ist oder nicht, oder welchen Voraussetzungen oder Beschränkungen dessen Anfechtbarkeit unterliegt, denn innerhalb der beiden Endpunkte der unbedingten Anfechtbarkeit und Unanfechtbarkeit liegen allerlei Zwischenstufen. Aber der Proceß hat allem Anscheine nach durch diese Unterscheidungen und Gradationen sehr gewonnen. Davon war schon früher die Rede:

die Fortschritte im Processe sind immer nur um den Preis der Steigerung der geistigen Arbeit zu haben. Wo mechanischer oder Maschinenbetrieb nicht möglich ist, da ist das in allen Gebieten der Technologie nicht anders.

Die Normen über die Anfechtung der im Processe vorkommenden Beschlüsse haben zu Schwierigkeiten nicht viel Anlaß geboten; die bekanntgewordenen Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte sind fast durchwegs gutzuheißen. Ob ein bestimmter Beschluß überhaupt anfechtbar ist, das ist eigentlich nur bei Beschlüssen des Berufungsgerichtes öfter in Frage gezogen worden; aber auch hier meist ohne rechten Grund.

1. Anfechtbare Beschlüsse. Anfangs wurde die Besorgniß geäußert, das Gesetz beschränke die Anfechtbarkeit der Beschlüsse des Berufungsgerichtes zu sehr. In der Praxis scheint man nach den vorliegenden Entscheidungen dies nicht zu fühlen. Zum Mindesten offenbart sich bisnun kaum ein Streben nach Ausweitung. Keine Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmungen, nur richtige Auslegung ist es, wenn nebst den Beschlüssen, durch welche „die Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles" vom Berufungsgerichte ausgesprochen wird (§. 519, Z. 2), auch die Beschlüsse des Berufungsgerichtes für anfechtbar angesehen werden, die nebst der Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles auch die Nichtigkeit des erstrichterlichen Verfahrens aussprechen. Das Gesetz hat in §. 519, Z. 2 sämmtliche berufungsgerichtliche Beschlüsse im Auge, die das Vorhandensein eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes feststellen und daraus die nothwendigen processualen Folgerungen ziehen (§§. 478, 494). Es wäre mehr als unmotivirt, die Anfechtung verschieden zu behandeln, je nachdem der Nichtigkeitsgrund das Urtheil oder das Verfahren oder beides trifft. Die unmittelbar nächste Wirkung der Nichtigkeit (Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles, Zurückweisung der Klage, Rückverweisung an ein Gericht erster Instanz) ist in allen Fällen die gleiche, ohne Rücksicht auf den Sitz der Nichtigkeit (arg. §. 478). Ebenso ist das Parteiinteresse, um dessen willen Recurs gegen die Nichtigerklärung des Urtheiles erhoben wird, das nämliche und die Gefahr seiner Verletzung dieselbe, wenn das Urtheil

allein oder wenn Urtheil und Verfahren aufgehoben werden. Es kann deshalb der Nichterwähnung des „Verfahrens“ in §. 519, Z. 2 keine einschränkende Tendenz unterlegt werden.

Der Beschluß des Berufungsgerichtes, der die Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles ausspricht, bleibt anfechtbar, wenngleich in dem Beschlusse dem ersten Richter aufgetragen wird, neuerdings zu entscheiden oder neue Verhandlung einzuleiten. Wiewohl nicht im §. 519, Z. 2 hervorgehoben, ist auch letzteres nothwendig im Gesetze mitenthalten. Denn es gibt keinen rein declaratorischen Ausspruch über die Nichtigkeit (§. 478); daneben ist immer noch entweder die Klage zurückzuweisen (§. 478, Abs. 1) oder eine Verfügung zur geordneten Austragung der Sache zu treffen. Wird festgehalten, daß der berufungsgerichtliche Beschluß, dessen Anfechtbarkeit in §. 519, Z. 2 statuirt wird, der Beschluß ist, den das Berufungsgericht gemäß den Vorschriften des §. 478 faßt, so können derlei Zweifel nicht entstehen. Schon die platte Unmöglichkeit, ein Gesetz so irrationell zu begrenzen, muß sie im Keime ersticken. Den berufungsgerichtlichen Beschlüssen, welche die Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles aussprechen, stellt die Praxis diejenigen Beschlüsse gleich, womit das Berufungsgericht unter Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles die Klage im Vorverfahren zurückweist, weil das Proceßgericht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache unrichtigerweise verworfen hat (§. 475, Abs. 3). Man hält dagegen Recurs zulässig, weil die Rechtskraft ebenso wie die Unzulässigkeit des Rechtsweges jederzeit von amtswegen zu berücksichtigen ist (§. 240, Abs. 3), wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges das Urtheil als nichtig aufzuheben ist (§. 477, Z. 6) und die Aufhebung wegen Rechtskraft daher ähnlichen Charakter hat; abgesehen davon, daß für eine Ungleichheit des Rechtsmittelschutzes in diesen beiden sonst gleich behandelten Fällen sich sachlich nichts vorbringen läßt.[1])

[1]) Aus anderen, weniger überzeugenden Gründen wird die Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles wegen Nichtberücksichtigung der Streitanhängigkeit — der zweite Fall des §. 475, Abs. 3 — als anfechtbar erklärt in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. Juni 1898, Z. 9887, J.-M. V.-Bl. 1899, Civ. Entsch. Nr. 10.

Die Anfechtbarkeit der in §. 519, Z. 2 angeführten berufungsgerichtlichen Beschlüsse ist nicht an den Vorbehalt des Eintrittes der Rechtskraft (§. 519, Z. 3) gebunden.

Bestimmte Beschlüsse zeitweilig zu immunisiren (§. 519, Z. 3), dazu entschließen sich einstweilen die Berufungsgerichte ebenso selten, als in ähnlicher Lage die Recursgerichte (§. 527, Abs. 2) und die Gerichte erster Instanz bei Entscheidungen über Proceßeinreden (§. 261, Abs. 2 und 3). Eine solche Disposition des Richters über die Anfechtbarkeit seiner eigenen Entscheidung mag ursprünglich in zu grellem Gegensatze zum Regime des früheren Processes gestanden sein. Heute hat die Praxis schon viel größere Contraste erfolgreich bewältigt, es werden hoffentlich auch diese gesetzlichen Vollmachten nicht todter Buchstabe bleiben. Wider den Mißbrauch des Recurses gibt es in Situationen, wie sie die angeführten Bestimmungen der Civilproceßordnung voraussetzen, kein besseres Mittel als die einstweilige Unanfechtbar-Erklärung. Sie behält den Parteien alle ihre Rechte vor, verbürgt aber auch der Sache ihr gutes Recht und erschließt zudem die Möglichkeit, daß durch die weitere Entwicklung die Anfechtung ihren Zweck verliert, überholt wird. Insbesondere letzteres: die Aufzehrung der ursprünglichen Beschwerden durch andere, wichtigere Fragen oder durch die Wendung, die sich in der Hauptsache vollzieht, ist von größtem Vortheile. Wenn sich das Gericht regelmäßig bei den fraglichen Beschlüssen die Nothwendigkeit sofortigen Recurses zu erwägen gewöhnt hat, wird auch die Beschlußfassung selbst mit um so mehr Gründlichkeit und Sorgfalt erfolgen: um eben die vorläufige Entziehung der Anfechtbarkeit mit Zuversicht aussprechen zu können. Auf alle diese directen und indirecten Vortheile würde eine Praxis verzichten, die nach alter Lehre gegen jeden Beschluß den Recursweg offen ließe. Und zwar verzichten, ohne dafür irgend etwas zu gewinnen. Denn das Einzige, was sie durch das Zugeständniß der sofortigen Anfechtbarkeit scheinbar erspart, ist die Erwägung über die wahrscheinlichen Chancen eines Recurses und über die Rückwirkung des Recurses auf den Proceß. Ueber das erstere muß sich aber das Gericht bei der Beschlußfassung über die Proceßeinrede, über die Rückverweisung der

Rechtssache u. s. w. klar geworden sein. Beurtheilung der Chancen eines Recurses ist da nichts Anderes, als Beurtheilung der Richtigkeit der eigenen Entscheidung. Ob diese dem Gerichte leicht geworden ist oder nicht, der Senat einhellig entschieden hat oder widerstreitende Ansichten mit gewichtigen Argumenten sich bekämpft haben, das wird auch den Maßstab für die Recursfrage abgeben. Noch weniger wird es einem erfahrenen Richter schwer fallen, sich ein Bild der processualen Rückwirkung des Recurses zu entwerfen, wenn er die Streitsache kennt.

Die Anfechtbarkeit ist suspendirt, sowie nur der Beschluß des Berufungsgerichtes, der die Rechtssache zur Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Gericht verweist (§. 519, Z. 3), oder der ähnliche Beschluß des Recursgerichtes (§. 527, Abs. 2) einen Vorbehalt der Rechtskraft nicht enthalten. Die Aufschiebung des Recurses braucht nicht ausgesprochen zu werden. Die Verfügungsfreiheit des Gerichtes bezieht sich auf die Aufnahme dieses Vorbehaltes; verfügungsberechtigt ist jedoch ausschließlich das Berufungs- oder Recursgericht, nicht dessen Rechtsmittelinstanz. Hat daher das Berufungs- oder Recursgericht von dem Vorbehalte der Rechtskraft abgesehen, so ist die Rechtsmittelinstanz kraft Gesetzes bedingungslos und mit Ausschluß jeder Wahl- oder Ermessensfreiheit verpflichtet, einen dennoch eingebrachten selbstständigen Recurs als unzulässig zurückzuweisen. Die Suspendirung der Anfechtung kann auch bei Beschlüssen des Berufungsgerichtes stattfinden, durch welche das erstrichterliche Urtheil wegen Nichtvorliegens einer Versäumung aufgehoben und die Rechtssache zur Urtheilsfällung oder zur Fortsetzung der Verhandlung und Urtheilsfällung an das Proceßgericht zurückverwiesen wird (§. 471, Z. 4 und §. 474, Abs. 3). Warum im einzelnen Falle Versäumung nicht angenommen werden kann, ist nebensächlich. Wenngleich concret der Grund zugleich als Nichtigkeit qualificirt werden könnte (z. B. §. 477, Z. 4 und 5), gibt doch das Säumnißmoment hier den Ausschlag.

Insofern im Executionsverfahren, also insbesondere bei Processen nach §§. 35, 36, 37 E.-O. Berufung vorkommt, untersteht sie den gleichen Regeln wie sonst. Gegen Beschlüsse des Berufungs-

gerichtes, die in Bagatellsachen ergehen, ist daher der Recurs ausgeschlossen, wenngleich der Proceß aus einem Executionsverfahren entsprungen ist (§. 517, letzter Absatz).

Von dem Recurse, den das Gesetz anomal gegen Urtheile gibt, muß dasselbe gelten, wie von jedem anderen Recurse, denn für die formelle Behandlung ist die Art des Rechtsmittels, nicht der Gegenstand der Anfechtung maßgebend. Darum sind unzulässige Kostenrecurse in Bagatellsachen[1]) nicht anders wie Recurse gegen Beschlüsse, wider welche ein Recurs nicht stattfindet, von dem Gerichte, bei dem sie überreicht werden, von amtswegen zurückzuweisen (§. 523).

2. Aufgeschobener und bedingt devolutiver Recurs. Die neuen Bildungen der bedingt anfechtbaren Beschlüsse (§§. 516, 196) und eines nur bedingt devolutiven Recurses (§. 522), den die österreichische Praxis aus dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kannte, haben sich gleichfalls gut eingeführt. Wie jeder Tag zeigt, waren die Befürchtungen, mit welchen man namentlich dem aufgeschobenen Recurse entgegensah, grundlos. Weder hat sich der Eintritt der Rechtskraft verlangsamt, noch sind daraus Collisionen zwischen rechtskräftigen und einstweilen noch nicht rechtskräftigen Beschlüssen oder zwischen den Rechtsmitteln entstanden. Die Besorgniß, daß die sogenannte verbundene Beschwerde irgendwelche Parteiinteressen verletzen oder ernstlich bedrohen könnte, ist durch die bisherigen Erfahrungen wohl verscheucht. Da aber das Gesetz in der Frage der Anfechtbarkeit von Beschlüssen ohnehin mit großer Scrupulosität zu Werke ging, wäre es unrichtig, wenn die Praxis durch weitherzige Auffassung der betreffenden Normen die Anfechtbarkeit noch mehr zurückdrängen würde. Der oberste Gerichtshof hat mit Recht die Ansicht verworfen, die Beschlüsse der zur Erledigung von Executionsanträgen bestellten Gerichtshofsmitglieder (§. 7 Jur.-Norm.) seien nur unter der Bedingung an-

[1]) Da in Bagatellsachen das erstrichterliche Urtheil nur wegen Nichtigkeit (§. 477, Z. 1 bis 7) angefochten werden kann (§. 501), hat die Praxis in Bagatellsachen eine Anfechtung des Urtheiles im Kostenpunkte nicht zugelassen. Vgl. Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 6. Juni 1899, Jud.-Buch Nr. 141, J.-M. V.-Bl. 1899, Civ. Entsch. Nr. 62.

fechtbar, daß früher die Abänderung des Beschlusses beim Gerichtshofe beantragt wurde (§. 516). Solche Richter und ebenso die Gerichtshofsmitglieder, die wechselrechtliche Zahlungs- und Sicherstellungsaufträge zu erlassen haben, sind in dieser Function selbstständige Einzelrichter, die kraft ihrer Bestellung die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes ausüben; ihre Beschlüsse sind unmittelbar anfechtbar. Der Vorsatz, mit jedem processualen Zwischenfalle auf die einfachste und rascheste Art fertig zu werden und die Parteien ebenso einfach, rasch und billig klaglos zu stellen, wenn ihre Beschwerden begründet sind, ist verdienstlich. Doch an die Schranken, in die das Gesetz die richterliche Thätigkeit eingeschlossen wissen will, hat sich auch dieses wohlwollende Bemühen zu halten. Es gibt höhere Interessen, denen sich das Streben nach Minderung des Zeit- und Kostenaufwandes unterordnen muß. Namentlich ist das im Hinblicke auf die Berechtigung des Gerichtes zu sagen, dem Recurse selbst stattzugeben und dadurch das Rechtsmittelverfahren zu beendigen, genauer: es vorweg abzuschneiden (§. 522). Das kann nach dem Gesetze unter Anderem auch bei allen Recursen gegen blos proceßleitende Beschlüsse geschehen. In diesem Umfange ist die Abhilfe in erster Instanz jedenfalls das Bessere. Aber es muß bei den Beschlüssen bleiben, die blos proceßleitender Natur sind. Bei meritorischen Entscheidungen ist — davon kann aus Gründen der Rechtssicherheit und aus anderen leicht begreiflichen justizpolitischen Gründen nicht abgegangen werden — das Gericht an seine Beschlüsse gebunden, darf sie nicht abändern (§. 425, Abs. 2). Die Zurückweisung einer Berufungsschrift oder von Einwendungen gegen einen Zahlungsauftrag wegen angeblichen Fristenablaufes z. B. ist alles eher, als ein proceßleitender Beschluß: ein Recurs gegen die Zurückweisung muß daher selbst bei zweifellosester Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Beschlusses dem Recursgerichte vorgelegt werden.

Der Satz, daß in proceßleitenden Beschlüssen über die Verpflichtung zum Kostenersatze nicht zu entscheiden ist (§. 52), verbietet keineswegs den Zuspruch der Kosten des Recurses gegen einen proceßleitenden Beschluß. Der Recursfall wird durch die Recursentscheidung für die Beschwerdeinstanz vollständig erledigt.

Die Recurskosten gebühren der Partei, wenn sie mit dem Recurse Erfolg hat, vielleicht ohne Rücksicht darauf, wie die Hauptsache ausgeht.

Völlig neu im gerichtlichen Verfahren ist das Institut der Mängelrüge (§. 196). Ihr Zweck ist, aus der Flucht der Proceßacte diejenigen festzuhalten, die nach Ansicht der Partei gesetzwidrig sind. Nicht Alles, was im Processe geschieht, kann beurkundet werden, und die Beurkundung kann auch nicht Alles immer in sämmtlichen Details festhalten. Eine so umfassende, genaue Beurkundung wäre überdies meistens sehr überflüssig. In der Regel wird sich später Niemand um die Aeußerlichkeiten und Formen des Verfahrens und die zahllosen selbstverständlichen Dinge kümmern, die sich jedesmal wieder abspielen müssen. Immerhin kann Manches darunter die Parteien im einzelnen Falle zur Beschwerde nöthigen; der Entscheidung über eine derartige Beschwerde wäre aber jedes Substrat entzogen, sobald die Verhandlung vorüber und der fragliche Act vollzogen ist. Deswegen ist die Anfechtbarkeit gewisser Verletzungen nach dem Gesetze davon abhängig, daß die Partei rechtzeitig für die Fixirung des ihres Erachtens gesetzwidrigen Vorganges gesorgt hat. Hiezu dient die Rüge. Sie hat eine doppelte Aufgabe. Sie soll zuerst den Richter auf die Gesetzwidrigkeit aufmerksam machen und zu deren Beseitigung anregen. Falls aber die Rüge beim Richter kein Gehör fände, führt sie die Constatirung, Beurkundung des gesetzwidrigen Vorganges mittels Protokoll oder Schriftsatz herbei, um damit die künftige Beschwerde (Recurs, Berufung) wegen dieser Verletzung vorzubereiten. Die Rüge ist nach dem Gesetze zugleich das einzige hiefür verwendbare Fixirungsmittel. Verletzungen, die den Gegenstand einer Rüge bilden könnten, dürfen nicht etwa später behufs Beschwerdeführung durch Beweisaufnahmen reproducirt werden. Namentlich deshalb nicht, weil die Rüge, wie gesagt, neben der Feststellungsfunction immer zugleich die Function eines nicht devolutiven Rechtsmittels hat, eine Art „Vorstellung" ist, und weil das Gesetz das größte Interesse daran hat, bei diesen Gesetzesverletzungen die Beschwerde der Verletzung auf dem Fuße folgen zu lassen. Endlich greift auch der Gesichtspunkt der Relativität ein, denn bei

Zulassung von Beweisaufnahmen würde sehr oft die Beschwerdeführung einen größeren Apparat in Bewegung setzen, als die Bedeutung ihres Zweckes rechtfertigt. Die Beweisaufnahmen könnten dem Verfahren leicht mehr schaden, als die Correctur der Verletzung ihm Nutzen brächte. Das Institut der Rüge entlastet damit auch die Protokollirung, da — außer den im Gesetze vorgeschriebenen Beurkundungen — nur diejenigen Acte und Vorgänge zu beurkunden sind, derenwegen bei der mündlichen Verhandlung thatsächlich Rüge erhoben wurde (§. 196, Abs. 3). Diese Beurkundung kann dann um so genauer auf alle für die Beurtheilung der Gesetzmäßigkeit wichtigen Einzelheiten eingehen.

Das Gebiet der Mängelrüge wird die Praxis casuistisch nach und nach schärfer bestimmen müssen, als es das Gesetz thut, das die Contouren — nach dem Muster der deutschen Civilproceßordnung — nur in großen Zügen gibt. Mit Meritorischem hat sich die Mängelrüge nie zu befassen; sie ist vor Allem nicht zur Kritik des Inhaltes richterlicher Verfügungen bestimmt. Wie die Form der Proceßhandlungen, so ist auch sonst nur das Formelle des Processes, dessen vom Gesetz geregelter äußerer Hergang, der Proceßbetrieb in und außerhalb der Verhandlung, die Manipulation Gegenstand der Rüge. Ihr Bereich fällt ungefähr mit dem zusammen, was man formelles Proceßrecht im Gegensatze zum materiellen Proceßrechte nennt. Am besten hat wohl Fitting[1]) dieses Gebiet abgegrenzt, indem er zwischen materiellen Mängeln, Voraussetzungsmängeln und Verfahrensmängeln unterscheidet. Materielle Mängel des Verfahrens sind nach Fitting Mängel, die unmittelbar die sachliche Aufgabe eines Processes betreffen: sachliche Rechtfertigung oder Bekämpfung der erhobenen Ansprüche und die zu diesem Behufe geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, die sachliche Art der gerichtlichen Behandlung und Entscheidung dieses gesammten Proceßstoffes. Als Voraussetzungsmängel bezeichnet er Mängel in Ansehung der Vorbedingungen, unter denen allein das processuale Verfahren — Richtigkeit in Gang und Form vorausgesetzt — die

[1]) Zeitschrift für deutschen Civilproceß, XI, S. 1 ff.

sachliche Aufgabe eines Processes mit vollkommener Giltigkeit und Wirksamkeit lösen kann. Verfahrensmängel endlich bestehen in einer dem Gesetze nicht entsprechenden Art und Form des processualischen Handelns. Einzig für diese letzteren Mängel, die Verfahrensmängel, ist die Rüge bestimmt. Das deutsche Reichsgericht[1]) hat daher mit Recht die Mängelrüge anwendbar erklärt bei Nichtbeachtung von Fristen, ferner in Bezug auf Unterlassung und Form der Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen, Nichtanwendung des Zeugnißzwanges, Aufeinanderfolge von Beweisaufnahmen und mündlicher Verhandlung, Constatirung im Protokolle, daß es zur Durchsicht vorgelegt oder vorgelesen wurde, Verhandlung während der Dauer der Unterbrechung des Verfahrens, Zustellung an einen nicht legitimirten Bevollmächtigten, unrichtige Klagszustellung, unrichtige Ersatzzustellung, unterlassene Ladung eines Nebenintervenienten u. s. w. Die Zulassung eines Beweises (Beweisbeschluß), die Zurückweisung eines angebotenen Beweises, die Zurückweisung unangemessener Fragen, die eine Partei bei der Beweisaufnahme an Zeugen oder Sachverständige stellen will, die Entziehung oder Verweigerung des Wortes während der Parteivorträge begründet, wenn sie wider das Gesetz erfolgt, nach obiger Terminologie keinen Verfahrens-, sondern einen materiellen Mangel: es kann nicht Rüge deshalb stattfinden. Diese gerichtlichen Entscheidungen sind von amtswegen oder auf Antrag (Zurückweisung einer Frage) in das Protokoll aufzunehmen (§. 208, Z. 2 und 3) und die Beschwerden dagegen in der Regel mit der Berufung zu verbinden (§. 462, Abs. 2).

Daß die Rechtssache in erster Instanz irrigerweise statt im gewöhnlichen bezirksgerichtlichen Verfahren als Bagatellsache (§§. 449 ff.) verhandelt wurde, ist gleichfalls kein Verfahrens-, sondern ein Voraussetzungsmangel im bezeichneten Sinne. Rüge ist hier nicht anwendbar. Die processuale Grundlage ist vergriffen, nicht blos eine einzelne Vorschrift über Form und Art der Proceßhandlungen übertreten. Wenn auch das Verfahren auf der verfehlten Basis sonst durchaus richtig und gesetzmäßig durchgeführt

[1]) Vgl. Wilmowski-Levy, a. a. O. I, S. 475 f.

wurde, ist damit die im falschen Ausgangspunkte gelegene Gesetzesverletzung nicht sanirt. Die Parteien können durch Berufung gegen das Endurtheil Beschwerde führen, ohne daß dem die unterlassene Rüge als Verzicht auf die Beschwerdeführung entgegenstünde. Und zwar wird sich die Berufung — je nachdem die Partei den Fehler bei der mündlichen Verhandlung bemerkt und Aufnahme eines vollständigen Verhandlungsprotokolles beantragt hat oder nicht — gegen die Verwerfung dieses Antrages und gegen das Meritum des Urtheiles (§. 462, Abs. 2) oder nur gegen die meritorische Entscheidung richten. Deswegen allein, weil die besonderen Bestimmungen für Bagatellsachen in einer gewöhnlichen bezirksgerichtlichen Rechtssache zur Anwendung gelangten, kann das erstrichterliche Verfahren und Urtheil nicht angefochten werden; es begründet dies keine Nichtigkeit. Theilt das Berufungsgericht die Ansicht des Berufungswerbers, so wird der fernere Verlauf und das Ergebniß des Berufungsverfahrens davon abhängen, wie weit der Urtheilsthatbestand das Protokoll als Grundlage für die meritorische Ueberprüfung des Urtheiles und für die Entscheidung über den Berufungsantrag ersetzt. Die mündliche Berufungsverhandlung wird daher in solchem Falle in der Regel mehr zu leisten haben, als beim Vorliegen eines vollständigen Verhandlungsprotokolles. Man wird sich auch nicht wundern dürfen, wenn vermöge des unvollkommenen Bildes, das die Proceßacten hier von dem Verfahren erster Instanz geben, das Berufungsgericht verhältnißmäßig öfter die Beschwerde begründet finden wird, daß das erstrichterliche Verfahren an einem der Mängel des §. 496, Z. 2 oder 3 leide. Im entgegengesetzten Falle: statt des Bagatellverfahrens wurde das gewöhnliche bezirksgerichtliche Verfahren eingeleitet, erweitert sich das Berufungsrecht nicht. Das Urtheil kann dessenungeachtet und ohne Rücksicht, ob der Irrthum in erster Instanz gerügt wurde, nur wegen der im §. 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten angefochten werden. Eine Berufung, die darüber hinausgeht, ist als gesetzlich unzulässig zu verwerfen: entweder im Vorverfahren oder durch Beschluß bei der mündlichen Berufungsverhandlung, je nach der Zeit, zu welcher der in erster Instanz unterlaufene Irrthum bemerkt und verläßlich festgestellt wird.

Weil eventuell gleichfalls unter die Voraussetzungsmängel gehörig, ist es ebensowenig Gegenstand einer Rüge, wenn das Gericht die Mitwirkung an der mündlichen Verhandlung Jemandem verweigert, der neben dem eigentlichen Vertreter einer Corporation als technischer Beirath in der Parteienrolle an der mündlichen Verhandlung theilnehmen will. Dagegen kann die Verweigerung einer Protokollirung, auf welche die Partei nach dem Gesetze Anspruch erheben darf, allerdings gerügt werden.

Rüge bei mündlicher Verhandlung ist zu protokolliren. Im Urtheilsthatbestande ist die Rüge nicht anzuführen.

3. Recursverfahren. Von der Erhebung des Recurses bis zur Mittheilung der Recursentscheidung an die Parteien verstrich früher, wenngleich der Recurs nur an die zweite Instanz ging, so lange Zeit, daß man schon auf den Recurs und vielleicht sogar auf den anhängigen Proceß vergessen hatte und die Recursentscheidung schließlich wie etwas Unvermuthetes, wie eine Ueberraschung empfing. Heute wickelt sich das Recursverfahren fast überall in so vielen Tagen oder höchstens Wochen ab, als es ehemals Monate brauchte. Selbst wenn die dritte Instanz angerufen wird, erhält man deren Entscheidung jetzt in der Regel schneller, als nach altem Verfahren eine Recursentscheidung zweiter Instanz zu erlangen war. Um ein Beispiel zu geben: Bei einem Oberlandesgerichte mit kleinerem Sprengel wurden heuer in den ersten fünf Monaten 60 Recurse angebracht. Davon wurden 4 am Tage des Einlangens, 7 am nächsten Tage, 3 binnen 2 Tagen, 9 binnen 3 Tagen, 10 binnen 4 Tagen und 19 zwischen 5 und 8 Tagen nach Einlangen entschieden. Von dieser Raschheit profitirt natürlich auch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ihr Segen wird überall gefühlt und dankbar anerkannt. Welcher Gewinn, wenn die Leitung des Processes oder eines Executionsverfahrens bei Erlassung anfechtbarer Beschlüsse mit so kurzen Maximalfristen bestimmt rechnen kann! Erst mittels der kurzen Dauer des Recursverfahrens wird der „untergeordnete, rein dienende Charakter der Proceßfragen“ praktisch festgehalten und das Ueberwuchern processualer Formstreitigkeiten verhindert. Die Entartung des zum Rechtsschutze bestimmten Recurses in ein

Werkzeug der Proceßchicane wird nur so lange ausgeschlossen sein, als sich mit der Beschwerdeführung keine längeren Aufschübe mehr durchsetzen lassen. Die Judicatur der weitaus größten Zahl der Rechtsmittelgerichte, die zum Theile unter durchaus verschiedenen Bedingungen arbeiten, beweist zugleich, daß sich diese raschere Recurserledigung mit Gründlichkeit und Richtigkeit der Entscheidung sehr wohl verträgt.

Das Recursverfahren ist so einfach und auf das Unerläßlichste herabgemindert, daß für Fehler kaum ein Platz ist. Jeder Recurs, der beim Bezirksgerichte zu erheben ist, kann von der Partei, die nicht von einem Advocaten vertreten ist, mündlich angebracht werden (§. 520, Abs. 1): wie viele Advocaten am Gerichtsorte ihren Sitz haben, ist hiebei nicht von Belang. In verschiedenen Rechtssachen gefaßte Beschlüsse in einem Recurse anzufechten, kann unter Umständen sehr zweckmäßig sein. Wenn die Beschlüsse inhaltlich gleich oder gleichartig sind, hat diese Verbindung der Anfechtung so offensichtliche, überwiegende Vortheile, daß Form- und Manipulationsschwierigkeiten, die möglicherweise daraus entstehen, dagegen gar nichts zählen. Aber selbst bei inhaltlicher Verschiedenheit der anzufechtenden Beschlüsse kann die Verbindung zum Mindesten wegen der Kosten des Rechtsmittelverfahrens Begünstigung verdienen. Ein gesetzlicher Grund gegen die Vereinigung fehlt. Sie ist nur ungewohnt, nicht unzulässig und keinesfalls ein Formgebrechen, das nothwendig die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung des Recurses hindert (§. 84). Nicht einmal, daß es zum Theile Rechtssachen verschiedener Personen sind (z. B. derselbe Kläger, verschiedene Beklagte), ist principiell ein solches Hinderniß. Es gibt zahlreiche Beschlüsse, deren Richtigkeit beurtheilt werden kann, ohne daß es etwas ausmacht, wie viele und welche Personen durch den Beschluß getroffen werden. Das Anbringen mehrerer gleichlautender Recurse wird man wohl niemals als Erforderniß einer gründlichen Beurtheilung der Beschwerde hinstellen können. Das Verbot einer Verbindung der Beschwerden in einem Recurse würde aber eventuell auf die Forderung einer bloßen Vervielfältigung desselben Schriftsatzes hinauslaufen. Die leichtere Vereinigung von

Ansprüchen in einer Klage, sowie das leichtere Uebergehen zur Verbindung oder Trennung der Verhandlung über mehrere Rechtssachen heißt auch in diesem Punkte freieren Ansichten huldigen. Denn es wird infolge dessen viel häufiger geschehen, daß gleichzeitig mehrere anfechtbare Beschlüsse vorliegen. Die Verbindung mehrerer Recurse wird demnach statthaft sein, wo sie inhaltlich möglich und zugleich geeignet ist, die Erledigung aller vereinigten Recurse zu vereinfachen oder zu beschleunigen oder die Kosten der Anfechtung zu mindern.

4. Recursentscheidung.

a) Das Recursgericht, das dem Recurse stattgibt, kann die infolge dessen erforderlichen weiteren Anordnungen selbst treffen oder sie dem unteren Richter überlassen (§. 527, Abs. 1). Ersteres soll die Regel sein, letzteres nur sehr ausnahmsweise geschehen und nie ohne zwingende Ursache. Das Recursgericht wird namentlich dort immer ganze Arbeit zu thun haben, wo die „weiteren Anordnungen" unmittelbar auf Grundlage der Acten getroffen werden können, die es vor sich hat, vorausgesetzt zugleich, daß mit diesen Anordnungen in die geschäftlichen Dispositionen eines anderen Gerichtes nicht eingegriffen wird. Hier hätte es keinen rechten Sinn, wenn das Recursgericht seine Aufgabe mit der Aufhebung, Beseitigung des angefochtenen Beschlusses und mit der Anordnung „gesetzmäßiger Erledigung" beendet sähe. Es brächte dies eine irrationelle Vermehrung der Arbeit, würde außerdem verzögernd wirken und könnte leicht zu einer Vermehrung der Recurse führen; z. B. wenn der infolge der Recurserledigung vom Gerichte erster Instanz gefaßte Beschluß nun vom Gegner angefochten wird. Daher hat auch das Recursgericht, wenn z. B. die Verweigerung des Wechselzahlungsauftrages mit Erfolg angefochten wird, sogleich den Zahlungsauftrag zu beschließen. Im Zahlungsauftrage ist dann die Weisung zu ertheilen, daß Einwendungen dagegen bei dem Gerichte erster Instanz zu erheben sind. Denn es würde die Absicht des Gesetzes verkannt, wenn man die Vorschrift über das Anbringen von Einwendungen (§. 552, Abs. 2) so verstehen wollte, als sei eventuell der Mandats- oder Wechselproceß vor

dem Recursgerichte durchzuführen. Zuständig zur Erlassung des Zahlungsauftrages ist einzig das Gericht erster Instanz. Das Recursgericht corrigirt nur den unrichtigen Jurisdictionsact des ersten Gerichtes, nicht erläßt es im eigenen Jurisdictionskreise den Zahlungsauftrag. Die Bestimmung des §. 552, Abs. 2 will aber zweifellos die Einwendungen bei dem zur Erlassung des Zahlungsauftrages in erster Linie berufenen Gerichte angebracht wissen, nicht bei demjenigen Gerichte, das thätig werden mußte, damit der vom Gerichte erster Instanz zu erlassende Auftrag thatsächlich existent wird. Nicht anders bei Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der Auftrag des Recursgerichtes, von den „gebrauchten Weisungsgründen" abzusehen und mit der aufrechten Erledigung des Antrages vorzugehen, ist zu wenig. Die erstrichterliche Entscheidung ist meritorisch abzuändern, das Recursgericht hat in der Sache selbst zu entscheiden.

Dagegen wird die Vorschrift des §. 527, Abs. 1 anzuwenden sein, wenn die Klage irrthümlich z. B. wegen Unzuständigkeit a limine abgewiesen wurde. Hier muß die Anberaumung der Tagsatzung dem Gerichte erster Instanz vorbehalten bleiben. Ebenso wenn vor Erlassung der weiteren Anordnungen die Parteien noch zu hören sind oder die mündliche Verhandlung ergänzt werden muß oder gemäß der Recursentscheidung eine Beweisaufnahme angeordnet werden soll u. ä. Sofern dem Gerichte erster Instanz infolge des Recurses aufgetragen wird, zur Verhandlung über eine z. B. wegen Unzuständigkeit zurückgestellte Klage (§. 230, Abs. 2) Tagsatzung anzuberaumen, geht diesem Beschlusse des Recursgerichtes die selbstständige Anfechtbarkeit ab. Gerade so wie der Anberaumung der Tagsatzung selbst (§. 130, Abs. 2). Zwischen dem bindenden Auftrage zur Ladung und der effectiven Ladung besteht kein materieller Unterschied. Was die Aufschiebung der Beschwerdeführung gegen die Ladung rechtfertigt: der blos vorbereitende, proceßleitende Charakter dieser Verfügung, die Möglichkeit, sämmtliche Bedenken und Einwände gegen die Ladung bei der mündlichen Verhandlung vorzubringen, das Abschneiden „chicanöser Verzögerung der Proceßeinleitung und überhaupt des

Verhandlungsbeginnes",[1]) alles dies trifft wörtlich betreffs des Ladungsauftrages zu. Viel besser wird, was der Beklagte gegen die Zuständigkeit des Proceßgerichtes anzuführen hat, bei der mündlichen Verhandlung erörtert und gewürdigt werden als im Recurse, der für neue thatsächliche Anführungen keinen Raum gewährt. Die Entziehung des Recurses verkürzt daher den Beklagten in nichts.

b) Erneuerung und Ergänzung der mündlichen Verhandlung kann insbesondere im Besitzstörungsverfahren (§§. 454 ff.) nothwendig werden. Die Ermittlung des Sachverhaltes oder das Beweisverfahren in erster Instanz leidet beispielsweise an einem Mangel nach Art der in §. 496, Z. 2 und 3 bezeichneten, oder für die Entscheidung erhebliche thatsächliche Feststellungen des ersten Richters werden im Recurse gegen den Endbeschluß stichhältig als unrichtig angefochten, und es sind deswegen neue Beweisaufnahmen einzuleiten. Das Recursgericht darf weder selbst eine Art mündlicher Verhandlung vornehmen, die Parteien zu seiner Aufklärung befragen, Zeugen vernehmen, noch darf es sich die seiner Ansicht nach fehlenden thatsächlichen Angaben und Feststellungen mittels Beweisaufnahme durch ersuchten Richter verschaffen[2]) und dann ohne Anhörung der Parteien meritorisch entscheiden. Das Eine wie das Andere ist ihm versagt, obwohl das Recursgericht an und für sich vor der Entscheidung die ihm nothwendig scheinenden Erhebungen veranstalten kann (§. 526, Abs. 1). Denn für diese Befugniß ergeben sich aus der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens dieselben Restrictionen, wie für die Erhebungen im Berufungs-Vorverfahren (S. 243 f.). Die meritorischen Grundlagen der Entscheidung dürfen niemals ohne gesetzmäßige Mitwirkung der Parteien einseitig vom Gerichte festgestellt oder, wenn schon in erster Instanz festgestellt, vom Recursgerichte geändert werden. Contradictorische Verhandlung vor dem Recursgerichte wäre überdies mit der Anlage des Recursverfahrens absolut un-

---

[1]) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe der Civilproceßordnung, Materialien I. S. 246.

[2]) Z. B. durch diesen Augenschein vornehmen, neue Zeugen abhören lassen.

vereinbar, von den mißlichen Folgen zu schweigen, die es haben müßte, wenn Besitzstörungssachen vor dem Gerichtshofe durchgeführt würden. Es wird deshalb in solchem Falle der Endbeschluß aufzuheben und dem Proceßgerichte erster Instanz Ergänzung der Verhandlung und neuerliche Entscheidung aufzutragen sein. Dieser Beschluß des Recursgerichtes aber ist ein proceßleitender Beschluß; er macht die meritorische Entscheidung von weiteren Voraussetzungen abhängig, ist nicht Endbeschluß zweiter Instanz. Es ist daher ganz richtig, wenn dieser Entscheidung des Recursgerichtes die selbstständige Anfechtbarkeit aberkannt wird, da nach dem Gesetze in Besitzstörungssachen blos gegen die Verweigerung der Einleitung und Fortsetzung des Verfahrens und gegen den Endbeschluß Recurs ergriffen werden kann (§. 518, Abs. 1). Deshalb ist auch der bei anderen nicht endgiltigen Recursentscheidungen zulässige Vorbehalt der Rechtskraft (§. 527, Abs. 2) bei Rückverweisung einer Besitzstörungssache ausgeschlossen.

Der Beschluß, womit ein Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen wird, ist ähnlich dem Endbeschlusse in Besitzstörungssachen eigentlich meritorische Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung; er nimmt eine Stelle ein wie sonst das Urtheil. Nur der Zweckmäßigkeit halber, um das Rechtsmittelverfahren zu vereinfachen, ist in beiden Fällen Urtheilsform und Berufung durch Beschlußform und Recurs ersetzt. Wie in einem durch Urtheil abgeschlossenen Verfahren gibt es im Besitzstörungs- und Wiedereinsetzungsverfahren Beschlüsse, die zwar nicht selbstständig angefochten werden können, aber trotzdem nach Absicht des Gesetzes nicht schlechtweg unkritisirbar sein sollen. Wo am Ende Urtheil gefällt wird, muß die Berufung dazu dienen, die sämmtlichen aufgespeicherten Beschwerden vorzubringen; im Besitzstörungs- und Wiedereinsetzungsverfahren gibt es kein anderes Auskunftsmittel dafür als den Recurs. Der Beurtheilung des Recursgerichtes unterliegen deswegen nebst dem Endbeschlusse oder der Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages auch die Beschlüsse der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung, sofern nicht eben — wie es in §. 462, Abs. 2 heißt — deren Anfechtung nach dem Gesetze

ausgeschlossen ist oder sie bereits unabänderlich geworden sind. Das liegt in der Natur der Sache. Der Endbeschluß oder die Verweigerung der Wiedereinsetzung könnten überhaupt nie unbefangen überprüft werden, wenn das Recursgericht die sämmtlichen Beschlüsse, durch welche die letzte Entscheidung vorbereitet wird, als unabänderliche Facten hinnehmen müßte. Die Folgerungen aus diesem Principe, die eben früher für das Besitzstörungsverfahren angedeutet wurden, gelten daher auch für Wiedereinsetzungssachen. Das Recursgericht hat, soweit die Beschwerde es verlangt, die Beschlüsse zu überprüfen, die in der Verhandlung vor der Entscheidung über die Wiedereinsetzung gefaßt wurden, vorausgesetzt daß diese Beschlüsse nach den Vorschriften des Gesetzes an und für sich anfechtbar sind und concret noch angefochten werden dürfen. Es kann demnach die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages aufgehoben werden, wenn das Gericht erster Instanz z. B. ein gesetzlich zulässiges Bescheinigungsmittel über einen erheblichen Umstand ohne Grund nicht zugelassen hat. Die Recurskosten dürfen jedoch in keinem Falle dem Gegner des Wiedereinsetzungswerbers auferlegt werden (§. 154).

c) Die Ertheilung von Aufträgen an die erste Instanz (§. 527, Abs. 1) verbietet sich von selbst, sobald der angefochtene Beschluß vom Recursgerichte im ganzen Umfange bestätigt wird oder die Recursentscheidung das Verfahren beendigt. Letzterenfalls deshalb, weil die weiteren Anordnungen der ersten Instanz ein anhängiges und anhängig bleibendes Verfahren zur Bedingung haben. Gesetzt z. B., das Gericht erster Instanz hat wegen Proceßunfähigkeit einer Partei die Nichtigkeit des Verfahrens ausgesprochen und den dagegen angebrachten Recurs als verspätet zurückgewiesen. Das Recursgericht, das den Recurs gegen letzteren Beschluß verwirft, kann nicht etwa gleichzeitig anordnen, daß der erste Richter Vorkehrungen zur Beseitigung des Mangels der Proceßfähigkeit zu treffen hat (§. 6, Abs. 2). Denn mit der Verwerfung des Recurses steht die Nichtigkeit des Verfahrens rechtskräftig fest, und es fehlt nun überhaupt jede Grundlage und jedes Object für irgendwelche richterliche Proceßhandlungen.

d) Das Gericht, das sich zur Entscheidung über einen vorgelegten Recurs nicht zuständig hält, hat den Recurs an den zuständigen Gerichtshof zu verweisen. Dafür spricht die Analogie mit der Berufung an ein nicht zuständiges Gericht (§. 474, Abs. 1).

e) Entscheidungen des Gerichtes zweiter Instanz, die den angefochtenen erstrichterlichen Beschluß bestätigen, sind nicht mittels Recurs anfechtbar (§. 528, Abs. 1). Diese Regel ist für Unterschiede in der Form der Entscheidung zweiter Instanz unempfindlich: sie findet Anwendung, wo immer das Rechtsmittel gegen die Entscheidung zweiter Instanz nach dem Gesetze eben der Recurs ist. Das Gericht erster Instanz hat z. B. im Urtheile über die Kosten entschieden, die zweite Instanz bestätigt den Ausspruch über die Kosten. Die Kostenentscheidung allein ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache kann nun nicht mehr angefochten werden, mag das Gericht zweiter Instanz infolge eines Recurses (§. 55) oder infolge Berufung, also durch Beschluß oder Urtheil über den Kostenzuspruch entschieden haben. Zweifelhafter ist Folgendes: Die Verwerfung einer Proceßeinrede wird nicht separat ausgefertigt, sondern in die Entscheidung aufgenommen, die in der Hauptsache gefällt wird (§. 261, Abs. 2). Die Anfechtung des Beschlusses über die Proceßeinrede erfolgt dann durch Berufung (§. 261, Abs. 3); welches Rechtsmittel ist aber zu erheben, wenn das Berufungsgericht die Verwerfung der Proceßeinrede bestätigt? Die Vereinigung der beiden Entscheidungen (Proceßeinrede, Hauptsache) in der nämlichen Ausfertigung hebt deren Selbstständigkeit und Eigenart nicht auf. Das Gesetz sagt nicht, es sei unter jenen Bedingungen über die Proceßeinrede mittels Urtheiles zu entscheiden, sondern die Entscheidung über die Proceßeinrede ist in den Context der Urtheilsausfertigung einzuschalten. Das Rechtsmittel über die Proceßeinrede-Entscheidung bleibt daher der Recurs, nur soll er aus praktischen Erwägungen mit der Berufung verbunden werden. Die Vorschrift des §. 261, Abs. 3 ist eine Anwendung der allgemeinen Regel des §. 462, Abs. 2. Die Bestätigung der Verwerfung der Einrede durch das Berufungsgericht ist demnach im Wesen Recurserledigung, von

der Entscheidung der Hauptsache ganz getrennt, und es wäre nicht zu begründen, warum gerade dieser einzelne vom Gerichte zweiter Instanz bestätigte Beschluß von dem generellen Verbote der Anfechtung bestätigender Beschlüsse (§. 528, Abs. 1) ausgenommen sein sollte. Die Entscheidung der zweiten Instanz über die Proceßeinrede wird im obigen Falle weder mittels Revision, noch für sich allein durch Recurs an die Revisionsinstanz angefochten werden können. Ob in der That eine den erstrichterlichen Beschluß bestätigende Entscheidung des Recursgerichtes vorliegt, also ein Recurs an die dritte Instanz versagt ist, hat das Gericht erster Instanz vor Vorlage des Recurses zu entscheiden (§. 528, Abs. 1).

Paragraphenregister.

Jurisdictionsnorm.

Seite

§. 7 278
§. 36, Abſ. 1 111
§. 55 191
§. 96 . . . . . 200, 207
§. 99 77

Civilproceßordnung.

§. 14 . . . . . 85, 182
§. 19, Abſ. 2 182
§. 20 182
§. 41, Abſ. 1 138
§. 44, Abſ 1 137
§. 49 138
§. 52 279
§. 54 44
§. 55 . . . . . 229, 291
§. 61 88
§. 62 88
§. 63 88
§. 64, Z. 4 33
§. 75 128
§. 76 128
§. 77 128
§. 78 128
§. 78, Z. 1 231
§. 78, letzter Abſ. 129
§. 84 . . . . . 71, 234, 285
§. 85 . . . . . 71, 234
§. 93, Abſ. 1 . . . . 121, 224, 225
§. 111 224
§. 115 60
§. 115, Abſ. 1. 239
§. 116 . . . . . 60, 225, 239
§. 118, Abſ. 1. 60
§. 121 67

Seite

§. 130, Abſ. 1. 60
§. 130, Abſ. 2 287
§. 132, Abſ. 2. 153
§. 134 . . . . . 66, 117
§. 134, Abſ. 1. 61
§. 134, Z. 1 . . . . . 61, 140
§. 134, Z. 2 62
§. 135, Abſ. 1. 61
§. 136, Abſ. 2. 64
§. 137 63
§. 138 . . . . . 34, 125
§. 146 61
§. 149 62
§. 149, Abſ. 1. 169
§. 152, Abſ. 1. 78
§. 154 290
§. 155 225
§. 168 . . . . . 256, 257
§. 176 32
§. 177 142
§. 177, Abſ. 1. . . . 33, 126, 175
§. 177, Abſ. 2. 125
§. 179, Abſ. 1. 137
§. 180, Abſ. 3. . . . . 90, 144
§. 181 63
§. 182 . . . 45, 126, 150, 151, 175, 176, 256
§. 182, Abſ. 1. . . . 121, 249, 261
§. 183 . . . 44, 68, 70, 71, 249, 263
§. 183, Z. 1 . . . . 121, 122, 178
§. 183, Z. 2 . . . . . 70, 162
§. 183, Z. 3 . . . . . 66, 162
§. 183, Z. 4 . . . . 68, 105, 136
§. 183, letzter Abſ. . . . 136, 249
§. 184 . . . . . 175, 176

Seite

§. 187 . . . . . 42, 71, 81
§. 187, Abſ. 1. . . . . 82, 91
§. 187, Abſ. 2. 86
§. 188 . . . . 71, 87, 88, 192, 213
§. 189 . . . . . 71, 87, 93, 208
§. 189, Abſ. 1. . . . . 193, 200
§. 190 . . . 71, 76, 77[1], 78, 93, 219
§. 191 . . . . . 71, 73, 76, 78, 250
§. 192 79
§. 192, Abſ. 1. 83
§. 193 43
§. 193, Abſ. 3. . . 42, 43[1], 44, 105, 106, 174
§. 194 . . . . . 42, 44
§. 196 . . . . . 162, 236, 278, 280
§. 196, Abſ. 1. 236
§. 196, Abſ. 3. 281
§. 204 118
§. 208, Z. 1 79
§. 208, Z. 2 282
§. 208, Z. 3 . . . . . 79. 149, 282
§. 209 . . . . . 110, 208
§. 210 134
§. 210, Abſ. 1. 141
§. 227 191
§. 228 . . . . . 192, 207
§. 229 136
§. 229, Z. 1 164
§. 230, Abſ. 2. 287
§. 231 58
§. 232 78
§. 232, Abſ. 1. 218
§. 232, Abſ. 2. 217
§. 233 258
§. 233, Abſ. 1. 217
§. 235 201
§. 235, Abſ. 2. 197
§. 235, Abſ. 3. . . . . 197, 222
§. 235, Abſ. 4. 197
§. 236 . . . . . 199, 201, 202, 215
§. 236, Abſ. 1. 201
§. 236, Abſ. 2. . . . . 201, 208
§. 237 218

Seite

§. 239 . . . . . 64, 139
§. 240, Abſ. 3. 275
§. 243 . . . . . 61, 138
§. 243, Abſ. 1. . . . . 92, 94
§. 243, Abſ. 2. . . . . 88, 92, 94
§. 243, Abſ. 3. 164
§. 245 107
§. 245, Z. 1 . . . . 100, 108, 139
§. 245, Z. 2 . . . . . 100, 102, 108
§. 245, Z. 3 . . . 69, 103, 107, 110, 111, 114, 115
§. 246, Abſ. 1. 111
§. 246, Abſ. 2. . . . . 103, 106
§. 247, Abſ. 1. 108
§. 249 . . . . . 104, 109, 111
§. 250, letzter Abſ. 110, 112
§. 251 . . . . . 102, 109, 110, 112
§. 253 . . . . . 103, 109, 113
§. 255 108
§. 256 . . . . . 108, 109
§. 257, Abſ. 1. 84
§. 258 139
§. 258, Abſ. 1. . . . . 136, 142[1]
§. 259, Abſ. 2. . . . . 201, 215
§. 260, Abſ. 1. . . . . 88, 90, 92
§. 261, Abſ. 1. 93
§. 261, Abſ. 2. . . . . 93, 276, 291
§. 261, Abſ. 3. . . . . 276, 291
§. 261, Abſ. 4. 94
§. 262 114
§. 262, Abſ. 1. 125
§. 262, Abſ. 2. 114
§. 265 110
§. 266 . . . . 36, 62, 72, 152, 193
§. 266, Abſ. 1. . . . . 43, 114, 135
§. 266, Abſ. 2. 46
§. 267 135
§. 267, Abſ. 1. 221
§. 268 . . . . . 73, 80
§. 269 . . . . . 96, 162
§. 272 . . . . . 36, 45, 62, 135
§. 272, Abſ. 1. . . . . 165, 221
§. 272, Abſ. 3. 179

Seite

§. 273 . . 95, 96, 175, 184, 189, 221
§. 274 168
§. 274, Abſ. 1. 184
§. 275 238
§. 276 37
§. 277 161
§. 277, Abſ. 1. . . . 149, 154, 159
§. 277, Abſ. 3. 154
§. 277, Abſ. 4. . . . 158, 160, 162
§. 278, Abſ. 1. . 67, 105, 114, 159, 168, 174
§. 279 . . . . . 104, 168
§. 284 112
§. 285 112
§. 285, Abſ. 2. 111
§. 287, Abſ. 1. 124
§. 287, Abſ. 2. 124
§. 289 . . . . . 39, 247
§. 291 161
§. 291, Abſ. 1. 160
§. 292 39
§. 297 162
§. 303 . . . . . 163, 164
§. 303, Abſ. 3. 163
§. 307, Abſ. 1. . . . . 175, 184
§. 307, Abſ. 2. 164
§. 314 164
§. 320 38
§. 328 39
§. 329, Abſ. 2. 167
§. 333 166
§. 335 168
§. 335, Abſ. 1. 168
§. 336 38
§. 336, Abſ. 1. 184
§. 337 38
§. 337, Abſ. 1. 166
§. 338 38
§. 339 38
§. 342, Abſ. 1. 238
§. 351 112
§. 351, Abſ. 1. . . . . 162, 167
§. 355 161

Seite

§. 357 41
§. 366, Abſ. 1. 161
§. 367 168
§. 368, Abſ. 1. 154
§. 371, Abſ. 2. 173
§. 372 . . . . . 177, 180, 184
§. 373 182
§. 373, Abſ. 1. 187
§. 373, Abſ. 2. 183
§. 374 177
§. 375 178
§. 375, Abſ. 1. 156
§. 375, Abſ. 2 . . 40, 178, 180, 181
§. 376 176
§. 376, Abſ. 2. . . . . 177, 184
§. 377 176
§. 377, Abſ. 2. . 156, 177, 179, 180, 184, 188
§. 382, Abſ. 2. 184
§. 389 151
§. 391 211
§. 391, Abſ. 1. 270
§. 391, Abſ. 3. . 80, 211, 212, 213, 216, 267, 268
§. 392, Abſ. 1. 270
§. 393, Abſ. 1. 210
§. 393, Abſ. 2. . . . 96, 204, 211
§. 394, Abſ. 2. 222
§. 395 . . . . . 193, 198
§. 396 . . . . . 141, 219, 220, 221
§. 397, Abſ. 1. 141
§. 398 139
§. 399 . . . . . 219, 221, 222
§. 399, Abſ. 1. . 141, 155, 220, 221
§. 408 . . . . . 12, 229[2]
§. 409 196
§. 409, Abſ. 1. 222
§. 410 223
§. 411 195
§. 411, Abſ. 1. . . . . 213, 216
§. 411, Abſ. 2. 258
§. 412, Abſ. 1. 34
§. 412, Abſ. 2. 220

Seite

§. 414, Abſ. 1. 134
§. 415 44
§. 419 223
§. 420 271
§. 423 223
§. 423, Abſ. 1. . . . . 210, 270
§. 425, Abſ. 2. . . . . 36, 279
§. 426 . . . . . 63, 79
§. 426, Abſ. 1. . . . . 65, 149
§. 429, Abſ. 2. 245
§. 433 121
§. 440, Abſ. 1. . . . . 64, 139
§. 440, Abſ. 2. 132
§. 440, Abſ. 3. . 83, 132, 138, 139
§. 441 36
§. 442, Abſ. 1. . 141, 219, 220, 221
§. 442, Abſ. 2. . 141, 220, 221, 222
§. 446 271
§. 446, Abſ. 2. 271
§. 449 282
§. 451 208
§. 451, letzter Abſ. 220
§. 452 44
§. 453 208
§. 454 288
§. 462, Abſ. 2. . 65, 204, 236, 282, 283, 289, 291
§. 463, Abſ. 2. 255
§. 465 233
§. 467 . . . . . 127, 227, 230
§. 467, Abſ. 1. 230
§. 467, Z. 3 . . . . . 227, 230
§. 467, Z. 4 254
§. 467, Z. 5 234
§. 468, Abſ. 2. . 127, 129, 233, 254
§. 470 234
§. 471 236
§. 471, Z. 1 245
§. 471, Z. 2 . . . . . 227, 245
§. 471, Z. 3 . . . . . 227, 245
§. 471, Z. 4 . . . . 240, 245, 277
§. 473, Abſ. 2. 243
§. 474, Abſ. 1. 291

Seite

§. 474, Abſ. 2. 229
§. 474, Abſ. 3. . . . . 240, 277
§. 475, Abſ. 3. 275
§. 476 188
§. 476, Abſ. 2. 189
§. 477 . . . . . 187, 236
§. 477, Z. 1 188
§. 477, Z. 1—7 . . . . . 278[1], 283
§. 477, Z. 2 188
§. 477, Z. 3 . . . . 188, 259, 271
§. 477, Z. 4 . . 236, 237, 238, 239, 277
§. 477, Z. 5 . . . . 187, 239, 277
§. 477, Z. 6 275
§. 477, Z. 7 187
§. 477, Z. 9 . . . . 240, 241, 243[1]
§. 478 . . . . . 274, 275
§. 478, Abſ. 1. 275
§. 478, Abſ. 2. . . . . 240, 242
§. 478, Abſ. 3. 187
§. 478, Abſ. 4. . 50, 187, 240, 242
§. 480 . . . . . 83, 245
§. 480, Abſ. 2. 245
§. 481 . . . . . 249, 263
§. 482 253
§. 482, Abſ. 2. . . 46, 79, 250, 254
§. 483 250
§. 483, Abſ. 1. 259
§. 486, Abſ. 1. . . . . 125, 126
§. 486, Abſ. 2. 127
§. 486, Abſ. 3. 127
§. 486, Abſ. 4. . . . . 145, 256
§. 488 . . . . . 47, 247, 255
§. 488, Abſ. 1. . . . . 45, 185
§. 489, Abſ. 1. . 156, 185, 186, 187
§. 489, Abſ. 3. 186
§. 491 256
§. 492 . . . . . 48, 234, 245
§. 492, Abſ. 2. 247
§. 494 . . . . . 259, 274
§. 496 . . . 68, 248, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 267, 268, 270
§. 496, Abſ. 1. 262

Seite

§. 496, Z. 1 . . . . 223, 269, 270
§. 496, Z. 2 . . 148, 150, 156, 242, 253, 259, 260, 283, 288
§. 496, Z. 3 . . 150, 156, 242, 253, 261, 283, 288
§. 496, Abs. 2. . . . . 204, 270
§. 496, Abs. 3. 262
§. 498, Abs. 1. . . . . 47, 48
§. 499, Abs. 2. . . . . 263, 264
§. 501 . . . . . 87, 209, 278
§. 503, Z. 1 . . . 49, 50, 51, 243
§. 503, Z. 2 . . . . 49, 50, 51, 54, 148, 150, 156, 242, 259, 264
§. 503, Z. 3 . 49, 51, 52, 53, 54, 55
§. 503, Z. 4 50
§. 506 233
§. 509, Abs. 2. 49
§. 509, Abs. 3. 49
§. 510 . . . . . 185[1], 259
§. 510, Abs. 1. . . . . 243, 264
§. 511, Abs. 1. 264
§. 516 . . . . . 278, 279
§. 517, letzter Abs. 278
§. 518, Abs. 1. 289
§. 519 236
§. 519, Z. 2 . . . . 274, 275, 276
§. 519, Z. 3 . . . . . 276, 277
§. 520, Abs. 1. 285
§. 522 . . . . . 278, 279
§. 523 278
§. 524, Abs. 2. 203
§. 526, Abs. 1. 288
§. 527, Abs. 1. . . . . 287, 290
§. 527, Abs. 2. . . . 276, 277, 289
§. 528, Abs. 1. . . . 224, 291, 292
§. 552 220

Seite

§. 552, Abs. 2. . . . . 286, 287
§. 555, Z. 1 222
§. 559 220
§. 571 220
§. 571, Abs. 2. 220

Executionsordnung.

§. 35 277
§. 36 277
§. 37 277
§. 39, Z. 6 223
§. 256 . . . . . 24, 25
§. 259 . . . . . 25[1]
§. 274 . . . . . 25[1]
§. 277 22
§. 280 . . . . . 25[1]

Geschäftsordnung.

§. 2 60
§. 141 167

Civilproceßordnung für das Deutsche Reich.

§. 268 Z. 2 (neue Zählung) . . 197
§. 294 (neue Zählung) 169
§. 490 (frühere Zählung) . . . 253
§. 491 „ „ . . . 253
§. 493 „ „ . . . 253

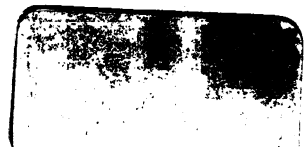
Code de procédure civile.

Art. 592 22

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

§. 1438 211

Patentgesetz.

§. 108 . . . . . 77[1]

9/7/10